Straflosigkeit strafbarer Handlungen nach § 153 St. P. O.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Ernst Herrnstadt

Gerichtsreferendar in Gleiwitz O.-S.

Gleiwitz O.-S.

Druck: R. Schulze Nachfolger G. Stephan, Gleiwitz.

1929

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staats-wissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Wegner.

Literaturverzeichnis.

A. Bücher und Schriften.

Allerhöchster Erlaß vom 26. 9. 1897 in der Preußischen Gesetzsammlung 1897 S. 402.

Alsberg, Die Schuld in Aschrott-Kohlrausch, Ref. d. Strafr., Berlin und Leipzig 1926.

Amtlicher Entwurf des Allg. Deutsch. St. G. B. nebst Begründung, 2 Teile. Berlin 1925.

Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung. Heidelberg 1903.

Aschrott-Liszt, Die Ref. d. R. St. G. B. Bd. I, Berlin 1910.

Berg, Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht. Breslau 1927.

Binding, Handbuch d. Strafrechts Bd. 1, Leipzig 1885.

Bleuler, Der geborene Verbrecher. München 1896.

Bovensiepen, Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4. 1. 1924. Berlin 1924.

Delius, Ist Verzicht auf Abolition zulässig. In Dtsch. J. Z. 27 S. 617 ff.

Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, 2. Auflage, Berlin 1925.

Drucker, Neuer und allerneuester Strafprozeß in J. W. 1924 S. 241 ff.

Entwurf zu einem deutschen St. G. B. von 1919, Denkschrift, Berlin 1920.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 (Reichstag III. 1924/27, Drucksache Nr. 3390).

Feisenberger, St. P. O. und G. V. G. erl. Berlin und Leipzig 1926.

Ferri, Die positive kriminalistische Schule in Italien, übers., Frankfurt a. M. 1902.

Ferri, Die Reform der Strafjustiz in Italien in Z. St. W. 29 S. 473 ff.

Finger, Kritisches zu den Beschl. d. strafr. Abt. des 29. dtsch. Juristentages in „Gerichtssaal“ 73 S. 264 ff.

Franck, St. G. B. f. d. dtsch. Reich. Tübingen 1919.

Francke, Das Jugendgerichtsgesetz vom 16. 2. 1923. München und Berlin 1923.

Gampp, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. Kremsier, Wien, Leipzig 1923.

Gleispach, Berichte und Abänderungsvorschläge zum St. G. B. Entwurf von 1919. Leipzig 1921.

Hahn, Protokolle der Kommission, 1. Lesung in den Materialien zur St. P. O. Berlin 1880.

Kiesow, St. P. O. und G. V. G. mit Nebengesetzen. 4. Auflage Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

Kohlrausch, St. P. O. und G. V. G. mit Nebengesetzen. 21. Auflage. Berlin und Leipzig 1927.

Kronecker, Zur Beurteilung der Verordnung vom 4. 1. 1924 in Z. St. W. 45 S. 421 ff.

Lenz, Beratung der Strafrechtslehrer über die Ausgestaltung des strafrechtlichen Universitätsunterrichts in Mitteilungen der J. K. V., 20. Tagung der dtsch. Landesgruppe in Insbruck. Berlin u. Leipzig 1926.

Liepmann, Kritische Erörterungen und Vorschläge zur Strafprozeßreform. Berlin 1919.

v. Lilienthal, Der Entwurf einer St. P. O. und Novelle zum G. V. G. in Z. St. W. 29 S. 1 ff, und S. 188 ff.

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage. Berlin und Leipzig 1927.

Loening, Einige Bemerkungen zu § 153 St. P. O. i. Jur. Rundschau 1925 Bd. I. S. 340 ff.

Löwe, Die St. P. O. für das deutsche Reich. 17. Auflage, Berlin u. Leipzig 1927.

Mannheim, Beiträge z. Lehre v. d. Revision wegen materiell rechtlicher Verstöße im Strafverfahren, Berlin 1925.

Merkel, Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum in J. W. 1924 S. 1677 ff.

Mitteilungen der I. K. V., 19. Versammlung der dtsch. Landesgruppe in Göttingen bezw. Hamburg, zusammengefaßt in einem Band (22. Band) Berlin und Leipzlg 1924.

Mommsen, Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.

Mrozek, Kommentar zur Reichsabgabenordnung vom 13. 12. 1919. Köln 1922.

Müller, Die neue Fassung des G. V. G., der St. P. O. und das J. G. G. im Recht 28 S. 388 ff.

Nagler, Zur Einschätzung d. V. O. über Gerichtsverfassung und Strafrechts pflege in „Gerichtssaal“ 90 S. 398 ff.

Offizieller Bericht über d. 3. Hauptvers. d. dtsch. Medizinalbeamtenvereins 1904. Berlin 1904.

Peiser, Legalitätsprinzip und die Ref. d. St. P. O. in Festschr. d. jur. Gesellschaft f. Hagens, Frankfurt a. M. 1906.

Petersen, Der Lehrer als Führer im Unterricht, in Päd. Zentralblatt 1924, S. 223 ff.

Radbruch, Rechtspflege, Erl. zum Görlitzer Progr., Berlin 1922.

Roßhirt, Geschichte und System des dtsch. Strafrechts, 3 Bände. Stuttgart 1838/39.

Sauer, Grundlagen d. Strafr. Berlin und Leipzig 1921.

Schäfer-Hartung, Strafrecht und -Prozeß, Teil II. Berlin 1924.

Schiffer, Antrag auf Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Rechtswesens, Reichstag Aktenstück 6310 der Wahlperiode 1920/23.

Schimmelburg, Die ger. Entscheidung gem. §§ 172 ff in den Fällen d. §§ 153, 154 St. P. O. u. 32 J. G. G. im „Gerichtssaal“ 54 Heft 1—5 S. 296 ff.

Stammler, „Die Lehre vom richtigen Recht“ 2. Aufl. 1926, Halle.

Vorentwurf mit Motiven zum Schweizer St. G. B. Basel und Genf 1894.

Wegner, Schuldurteil und Pharisäertum in Justiz 1927 Bd. II Heft 6 S. 567 ff.

„ Strafr. aus England. Z. St. W. 46 S. 279 ff.

„ „Schuld“ u. „Vorsatz“ i. Handw. d. Rechtswissenschaft.

Wolf, Strafr. Schuldlehre, 1. Teil, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.

B. Entscheidungssammlungen.

Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt, 1. Jahrgang, Leipzig 1924 (Sächs. Thür. Archiv.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (R. G.)

Juristische Wochenschrift (J. W.)

Einteilung.

I. Die historische Entwicklung des Individualismus im Strafrecht bis zur Schaffung einer Gesetzesbestimmung, die strafbare Handlungen straflos läßt.

II. Die Bedeutung des § 153 St. P. O.

   a) als gesetzliche Verankerung der Individualbetrachtung im Strafrecht,

   b) als gesetzliche Grundlage, strafbare Tatbestände straflos zu lassen.

III. Notwendige Reformen.

I.

Die unmittelbare Entstehungsgeschichte des § 153 St. P. O. greift bis etwa 1913 zurück. Bereits im Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1913 findet sich eine Bestimmung, die dem Ermessen des Gerichts das Absehen von Strafe in besonders leichten Fällen überläßt. Der Entwurf wurde jedoch nicht Gesetz, und der Ausbruch des Weltkrieges ließ es zunächst nicht zu einer Reform der Strafgesetzgebung kommen. Nach dem Kriege tauchten dann wiederum Reformsbestrebungen auf. Im Jahre 1919 wurde ein Entwurf des St. G. B. veröffentlicht, der gleichfalls ein Absehen von Strafe bei geringfügigen Delikten vorsah. (§ 116 des Entwurfs). Doch auch dieser Entwurf scheiterte. Ebenso war es der Reform des Strafprozeßrechtes ergangen. Nachdem eine im Jahre 1902 eingesetzte Kommission zur Reform des gesamten Strafprozesses in den Jahren 1903—5 eingehende Vorschläge gemacht hatte, war zwar daraufhin im Jahre 1909 der Entwurf einer neuer St. P. O. dem Reichstag vorgelegt worden, aber, obwohl er im wesentlichen vom Reichstag gutgeheißen wurde, schließlich doch nicht zur Annahme gelangt, weil in der Frage der Besetzung der Berufungsgerichte eine Einigung nicht zu erzielen war. Während des Weltkrieges traten dann andere Fragen in den Vordergrund und erst in den Jahren 1919/20 gewann das Problem einer Strafprozeßreform wieder an Bedeutung. Anfang 1920 entstand ein Entwurf Schiffer eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, der jedoch nicht zur Beratung im Reichsrat gelangte. 1922 legte dann der damalige Justizminister Radbruch dem Reichsrat und nach dessen Billigung 1923 dem Reichstag den Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Gerichte vor. Die Beratung des Entwurfs im Rechtsausschuß des Reichstags wurde jedoch bald vertagt und nicht wieder aufgenommen. Die inzwischen hereingebrochene Inflation hatte eine derartige Verarmung aller Volkskreise mit sich gebracht, daß zunächst nicht so sehr die Verbesserung, wie die Vereinfachung und Verbilligung der Rechtspflege notwendig erschien. Deshalb schuf der Abgeordnete Schiffer anstelle des Entwurfs zur Neuordnung der Gerichte einen Entwurf „zur Verein-

fachung der Rechtspflege.“ [1]) Als dann im Dezember 1923 die Reichsregierung vom Reichstag ermächtigt worden war, die „Maßnahmen zu treffen, die sie im Hinblick auf die Not von Volk und Reich für erforderlich und dringend erachte“ [2]), entwarf der Reichsjustizminister eine Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege, die bereits am 21. 12. 1923 im Fünfzehnerausschuß des Reichstags beraten und am 4. 1. 1924 Gesetz wurde. § 23 dieser Verordnung wurde dann bei der Neuschaffung einer St. P. O. im Jahre 1924 als § 153 dieser neuen St. P. O. unverändert übernommen.

Der unmittelbare Anlaß zur Schaffung des § 153 St. P. O. bezw. § 23 V. O. war also die Notwendigkeit, Kosten zu sparen, indem man die Strafrechtspflege bis an die Grenzen des im Interesse der Rechtspflege noch Erträglichen vereinfachte und verbilligte.[3]) „Die Voraussetzung, daß man künftig für die Strafrechtspflege die gleichen Aufwendungen würde machen können wie bisher, war durch die allgemeine Verarmung zu Nichte geworden.“ [4]) Der Gedanke, an Richterkräften zu sparen und das Verfahrem in Bagatellsachen, die selbst im Falle der Verurteilung einen im Vergleich zu der erkannten Strafe überaus großen Kostenaufwand verursachten, möglichst abzukürzen, lag deshalb nahe. [5]) Er wurde in der Verordnung verwirklicht.

Die Absicht, Kosten zu sparen, begegnet sich aber mit einem langgehegten Wunsche der Strafrechtswissenschaft, das starre Legalitätsprinzip endlich in gewissem Umfange durch das praktischere Opportunitätsprinzip zu ersetzen. Indessen erklärt auch der Gedanke, unter gewissen, engen Voraussetzungen anstelle des reinen Anklagezwangs das Ermessensprinzip zu setzen, nicht völlig das Zustandekommen des § 153 St. P. O. Freilich zeigen sich die Schattenseiten des ausnahmslosen Anklagezwangs am deutlichsten bei der Bestrafung geringfügiger Verfehlungen. [6]) Gerade in diesen Fällen wo meist nicht einmal der Geschädigte, geschweige denn der Staat an einer Bestrafung des Täters interessiert ist, wirkt — abgesehen von der unnötigen Mehrarbeit, die das Verfahren verursacht [7]) — eine Bestrafung oft dem Ansehen der Rechtspflege mehr schädlich als nützlich. [8]) Das hatte sich besonders in den Kriegs-

---

[1]) Aktenstück 6310 des Reichstags, Wahlperiode 1920/23.
[2]) Vgl. Gesetz vom 8. 12. 1923, R. G. Bl. I S. 1179.
[3]) Bericht des Fünfzehnerausschusses im dtsch. Reichsanzeiger Nr. 291 vom 21. 12. 1923.
[4]) Bumke S. 6.
[5]) Bumke S. 7.
[6]) Vergl. Hahn Beratungen zu § 134 St. P. O., Dohna S. 61, Liepmann S. 47, Lang S. 144 in J. K. V. 1924.
[7]) Schimmack in J. K. V. 1924 S. 182, Bumke S. 18.
[8]) vgl. die Anm. zu [6]).

jahren gezeigt, wo infolge der Fülle von gesetzlichen Verboten, deren Innehaltung meist schon aus Unkenntnis nicht möglich war, ein überaus großer Teil des Volkes meist wegen unbedeutender Verfehlungen straffällig geworden war. Nach dem Ende des Krieges erschien die Beseitigung des starren Anklagezwangs nur noch eine Frage der Zeit, bis dann der Gedanke in der Verordnung vom 4. 1. 1924 — wenn auch nur in gewissem Umfange — verwirklicht wurde.

Wäre es jedoch dem Gesetzgeber lediglich darauf angekommen eine gesetzliche Durchbrechung des Legalitätsprinzip in gewissen Fällen zu schaffen, so hätte er wahrscheinlich einen anderen Weg gewählt, der erheblich zweckmäßiger ist. Er hätte entweder eine umfassende Ausbreitung der subsidiären Privatklage oder die prinzipale Privatklage bei Delikten, die keine Kapitalverbrechen sind, eingeführt. Im ersteren Falle hätte die Möglichkeit der Verweisung auf den Weg der Privatklage die erwünschte Entlastung der Staatsanwaltschaft und somit eine erhebliche Einschränkung des Prinzips der Strafverfolgung ergeben. Bei der prinzipalen Privatklage wäre dieser Erfolg noch mehr erreicht worden, weil in diesen Fällen immer dann, wenn an der Bestrafung des Täters niemand ein Interesse hat, die Einleitung des Verfahrens schon mangels des Verlangens des Privatklageberechtigten unterbleiben würde. In beiden Fällen aber bliebe die Strafbarkeit des Täters an sich unberührt, während im Gegensatz dazu § 153 St. P. O. Tatbestände, die nach dem Gesetz strafbar sind, straffrei läßt. Allein diese Tatsache, daß ein Tun, das unzweifelhaft als Gesetzesverletzung strafbar ist, laut gesetzlicher Bestimmung nicht bestraft wird, ja nicht einmal verfolgt werden darf (vgl. § 153 Abs. 1 St. P. O.) läßt darauf schließen, daß es sich bei dem Gedanken des § 153 St. P. O. nicht nur um die Verwirklichung des Planes, das Legalitätsprinzip zu durchbrechen sondern vor allem auch um den Ausdruck einer ganz bestimmten grundlegenden Rechtsauffassung handelt.

Zur Darlegung dieser Auffassung sei ein Rückblick in die Anfänge der Strafrechtspflege gestattet:

Im Anfang jeder strafrechtlichen Betrachtung erschien das Verbrechen lediglich als Störung des Gemeinwesens. Nicht so sehr der sittliche Fehltritt, als vielmehr die Beeinträchtigung des allgemeinen Wohls, die sich in der Tat selbst und ihrer Wirkung auf die Mitwelt ausdrückte, erschien strafwürdig. So meint z. B. Mommsen [1]), daß im römischen Strafrecht der Mord nicht als Vernichtung eines Lebens, sondern als ein gegen die Gemeinde gerichtetes Verbrechen bestraft wurde, und nach Roßhirt [2]) griff

[1]) S. 614.
[2]) II S. 9.

derjenige, der z. Zt. des Augustus die Religion verletzte, da dieselbe Staatsreligion war, die Majestät des Staates ebenso an, wie ein Unzüchtiger nicht der Unzucht, sondern des Nationalverderbnisses wegen mit Strafe belegt wurde. Demgemäß sollten auch die Strafen, mit denen das Verbrechen geahndet wurde (Verbannung, Tod,) nur ein Weg sein, um in Zukunft das Gemeinwesen bestmöglichst vor Beeinträchtigung zu schützen und die Autorität des Staates zu sichern. [1]) Andererseits erschien ein Tun, wenn es den Bestand des Staates unangetastet ließ, nicht als strafwürdig bezw. als würdig von Staatswegen verfolgt zu werden, so unmoralisch es auch sein mochte. Deshalb war z. B. in Rom der Diebstahl an Privatgut Antragsverbrechen. [2]) Denn bei der straffen Rechtsordnung der Römer, insbesondere auf dem Gebiete des Privatrechts, konnte das Gemeinwesen nicht so leicht durch einen Diebstahl, ein Delikt also das unmittelbar nur den Privaten traf, erschüttert werden. Umgekehrt bedeutet natürlich für einen Staat, dessen Privatrechtsverhältnisse nicht straff geregelt sind, schon ein Eigentumsdelikt, das ja dann nicht nur den Bestohlenen trifft, sondern überhaupt der Anreiz zur Mißachtung der kaum oder unzureichend geschützten Eigentumsverhältnisse ist, eine Tat, die direkt die Ordnung des Gemeinwesens beeinträchtigt und deshalb schwer bestraft werden muß. Nur so läßt sich die für unsere Verhältnisse fremde Gesetzesbestimmung des mexikanischen Strafgesetzbuches verstehen, das eine Transportgefährdung mit 3 Jahren Gefängnis, den einfachsten Diebstahl aber, der in einem Gebäude verübt wird — nicht etwa entsprechend unserem § 243 St. G. B. durch Einsteigen oder Erbrechen &c — mit 5 Jahren Gefängnis bestraft.

Noch eine andere, auffallende Tatsache ergibt sich aber aus der angeführten Bestimmung des mexikanischen Strafgesetzbuchs. Es sind dort nur absolute Strafen vorgesehen, ein Strafrahmen existiert nicht. Diese Tatsache — daß es noch heute in manchen Ländern nicht die uns selbstverständlich erscheinende Strafskala gibt — erklärt sich gleichfalls aus dem oben Gesagten. Da nämlich die Strafe früher — und in Ländern, deren Strafrechtsentwicklung noch nicht lange zurückgreift, noch heute — allein vom Standpunkt der Gesellschaft aus, also als Ahndung der Störung der sozialen Ordnung aufgefaßt wurde, bemaß sich ihre Schwere allein nach der Schwere durch die Tat verursachten Gefährdung des Gemeinwesens. Da aber nur die verschiedenen Deliktstatbestände, nicht die Einzeldelikte eine verschieden starke Beeinträchtigung des Staatswohles darstellen — die Differenz der Beeinträchtigung des Staates durch zwei artgleiche Delikte, z. B. Diebstähle von 30 und 300 Mk. ist unerheblich — waren nur die Strafen für die Delikts-

[1]) Roßhirt II S. 5.
[2]) Mommsen S. 749.

gruppen, nicht aber für die Einzeldelikte verschieden. So erklärt es sich, daß das ursprüngliche Strafrecht weder Strafen arbiträrer Alternative noch gleitende, d. h. mit Strafrahmen ausgestattete Strafen kannte. Das Zeitmaß fehlte gänzlich, das Geldmaß erschien nur durch den Sachwert oder die Ziffer des Deliktsobjekts gebunden.[1]) Welche Folgen dieses System hatte, das alle artgleichen Delikte völlig gleich behandelte, läßt sich leicht ermessen. Daß durch die gleiche Verurteilung bei gleichen Delikten infolge der Verschiedenheit der Lebensstellung die Individuen mit verschiedener Schärfe getroffen werden liegt auf der Hand. Gerade diese Folge ist in Rom mit besonderer Schärfe eingetroffen.[2])

Dennoch blieb es, ebenso wie der Satz festgehalten wurde, jede Gesetzesüberschreitung müsse bestraft werden, auch selbstverständlich, das alle artgleichen Delikte mit gleicher Strafe geahndet wurden. Hieran konnte sich auch solange nichts ändern, solange man das Wesen des Verbrechens nach wie vor allein von der Seite der gefährdeten sozialen Ordnung aus, nicht auch von der Seite des Täters aus sah. Auch im germanischen Rechtsleben kannte man folgerichtig nur absolute Strafen. Es sei nur an die Bestrafungen „an Haut und Haar, Hals und Hand" (Landfriede Freidrich I.), die Strafen der Carolina, die Leibesstrafen der Bambergensis erinnert. Jahrhunderte mußten vergehen, bis endlich die Auffassung durchdrang, daß für die Beurteilung eines Delikts nicht nur der Gesichtspunkt der Staatsstörung, sondern auch der Persönlichkeit des Täters und der Individualität des Einzelfalles eine Rolle spielen müsse, daß man insbesondere den gleichen Strafzweck bei Tätern der gleichen Tat oft nur durch eine unterschiedliche Behandlung erreichen könne.

Erst im 19. Jahrhundert entstand eine der bisherigen schroff entgegengesetzte Betrachtungsweise vom Wesen des Verbrechens. Lombroso lehrte im Jahre 1872, daß das Wesentlichste des Verbrechens nicht mehr die Tat, sondern der Täter sei, ihn, seine Konstitution, seine Individualität müsse man studieren; erst wenn man diese kenne, könne man die Tat begreifen und beurteilen.[3]) Auch sein „L'umo delinquente" (1876) zeigte denselben Weg. Außerdem drang die medizinische Auffassung ein, die das Verbrechen für eine im annormalen Zustande verübte Handlung erklärte. Freilich setzte der Gedanke, Verbrechen sei nicht so sehr Schuld als Krankheit,[4]) die Welt ebenso in Aufruhr, wie es die von Pinel aufgestellte These, Irrsinn sei nicht ,wie bisher angenommen, Schuld, sondern Krankheit, um die Wende des 19. Jahrhunderts herum

---

1) Mommsen S. 1037.
2) Mommsen S. 1032.
3) Ferri S. 8.
4) vgl. hierzu Bleuler S. 78 ff.

getan hatte. Wenn sich auch die Auffassung Lombrosos nicht in allem bald durchsetzte, so brachte sie doch einen erheblichen Fortschritt von der generalisierenden zur individualisierenden Auffassung bezüglich des Verbrechens. Hatte man früher, im Zeitalter Beccarias, d. h. am Ende des 18. Jahrhunderts, das Delikt als juridisches Phänomen angesehen, dem man mit juridischer Definition und Analyse beizukommen suchte, ohne sich irgendwie mit der Person des Verbrechers näher zu befassen, [1]) so war man sich nunmehr darüber klar, daß im Mittelpunkt der Betrachtung die Person des Verbrechers stehen müsse. Die gewaltige Entwicklung vom Generalismus zum Individualismus, die zu dieser Zeit auf allen Wissensgebieten vor sich ging, war eben auch am Rechtsleben nicht spurlos vorbeigegangen.

Der Fortschritt zum Individualismus hin ist z. B. besonders in der Medizin bemerkbar. War es in der alten Heilkunde das Wichtigste gewesen, die Krankheit zu kurieren, und zwar die Krank-Krankheit an sich, ohne daß den in der Person des Kranken mitwirkenden Bedingungen Rechnung getragen wurde, — Ferri [2]) sagt nicht mit Unrecht, es sei für die Ärzte der alten Schule ganz gleichgültig gewesen, ob der Patient gut oder schlecht ernährt war, jung oder alt, stark oder schwach war; für sie blieb Fieber Fieber und Lungenentzündung Lungenentzündung, — so hatte die neuere Heilkunde, insbesondere die Psichoanalyse mit aller Deutlichkeit darauf hingewiesen, daß die Krankheit letzten Endes in einem lebenden Menschen geheilt werden müsse, daß also eigentlich nicht der Krankheit, sondern dem Kranken die ärztliche Aufmerksamkeit zu gelten habe. Wenn Hellpach [3]) in seiner instruktiven Schrift „die Neugestaltung des medizinischen Unterrichts" davon spricht, daß man dem Studierenden stets zu bedenken geben solle, daß der Arzt allemal einem Menschen praktisch gegenübergestellt werde, wenn er zur Heilung einer Krankheit gerufen werde und, daß auch dort, wo die Krankheit sehr örtlich ist, sie doch am und im ganzen Menschen sitze, so paßt das mit gleichem Recht auch für das Rechtsleben. Auch im Strafrecht ergreift die Tat das ganze Individuum. Nur wenn man dieses voll und ganz erkennt und versteht, ist man in der Lage, über eine Tat dieses Individuums zu urteilen.

Auch in der Pädagogik ist die Entwicklung zum Individualismus hin deutlich festzustellen. Hieß es früher, Aufgabe des Lehrers sei es, den Schülern abstrakten Wissensstoff zu vermitteln, — was mit der Gleichbehandlung aller Schüler identischer war [4]) — so weiß heute jeder Lehrer, daß das Ideal der neuen Schule die

---

[1]) Ferri S. 25/26.
[2]) S. 43.
[3]) S. 29.
[4]) Petersen S. 225.

Beförderung der Entwicklung der Individualität des Kindes ist. Aus der traditionellen Unterrichtsschule ist heute die Erziehungsschule geworden und das System, daß der Lehrer ein bestimmtes, gleichbleibendes Pensum den Schülern mitzuteilen hat, ist von dem System abgelöst worden, das jeden Schüler auf dem Gebiete arbeiten läßt, für das er Neigung und Eignung zeigt.

Wie auf diesen Gebieten ist auch auf dem der Rechtswissenschaft der Gedanke durchgedrungen, daß bei der Betrachtung eines Phänomens eine völlige Erkenntnis nur dann möglich sei, wenn man die Erscheinung individuell bewerte und alle irgendwie mitsprechenden Momente berücksichtige. Es ist verständlich, daß bei der Beurteilung eines Straffalles neben psichologischen und anthropologischen Gesichtspunkten vor allem auch soziale Momente zu berücksichtigen sind, wie dies besonders Franz v. Liszt betont hat. [1])

Gefördert durch die kriminalpolitische Schule drängte also die Entwicklung der Strafrechtslehre dahin, in den Mittelpunkt der strafrechtlichen Betrachtung die Individualität des Falles und damit die Eigenart des Täters zu stellen. Dies ergab sich überdies auch aus dem Bestreben, nicht nur zu vergelten, sondern vor allem zu verhüten. [2]) Es bildeten sich neue Zweige der Strafrechtswissenschaft; die Kriminologie, deren Bestreben es ist, aus dem verbrecherischen Geschehen die individuelle an die konkrete Erscheinungsform des organischen Lebens gebundene Eigenart des Täters zu studieren [3]) und die Kriminalpolitik, die das Verbrechen durch individualisierende Einwirkung auf den Verbrecher bekämpfen will. [4]) Lenz [5]), der gerade diese Entwicklung der Strafrechtsauffassung von der strengen Abstraktion bis zur positiven individualistischen Schule eines Ferri in einem großzügig angelegten Referat auf der J. K. V. Tagung im Jahre 1925 behandelt hat, nennt die neue insbesondere von Lombroso und Liszt eingeleitete Epoche im Gegensatz zu der vorhergehenden generalisierenden die die individualistische oder persönliche Epoche. [6])

Wäre man auch in der Strafgesetzgebung der individualistischen Betrachtungsweise bis zur letzten Konsequenz gefolgt, so wäre man zur Negation jeden Strafgesetzes gelangt. Denn ein Gesetz schaffen, bedeutet ja gerade eine Norm zur Behandlung aller hierunter fallenden Tatbestände unter Außerachtlassung ihrer individuellen Note schaffen und die Propagierung einer reinen Indi-

---

[1]) Radbruch S. 14.
[2]) Radbruch S. 14.
[3]) vgl. Lenz J. K. V. S. 22.
[4]) Liszt-Schmidt S. 15, Gleispach S. 7.
[5]) J. K. V. S. 19/20.
[6]) ebenda. Vgl. auch seine Schriften zur Krimilabiologie.

vidualbehandlung müßte logischerweise die Abschaffung jeder Norm zur Folge haben. Das konnte natürlich schon im Interesse der Aufrechterhaltung des Gemeinwesens nicht in Frage kommen. Man behalf sich daher in anderer Weise. Man gab einmal der Durchführung des Strafvollzuges so viel Spielraum, daß die Individualität des Verurteilten erheblich berücksichtigt werden konnte, dann aber gab man dem Richter die Möglichkeit, ein für gleichliegende Fälle vorgeschriebenes Gesetz anzuwenden und dennoch verschiedene Täter verschieden zu bestrafen: Man ersetzte die absolute Strafe durch die relative, den Strafrahmen. Nun hatte es der Richter bei der Strafzumessung in der Hand, der Individualität des einzelnen Falles und des Einzeltäters Rechnung zu tragen. Hierdurch war zwar ebenso wie durch die vielen späterhinzukommenden Neuerungen (bedingter Straferlaß, Bewährungsfrist) [1]) ein bedeutsamer Schritt zum Individualismus hin getan. Dennoch war eine Grenze nicht überschritten worden: Wohl hatte man bei der Strafzumessung nunmehr die Möglichkeit, dem Einzelfall Rechnung zu tragen, bei der Entscheidung darüber aber, ob ein Verhalten überhaupt strafwürdig d. h. strafbar sei, war es bei dem generellen Satze geblieben: Strafwürdig ist, wer ein Gesetz verletzt. Daß eine Gesetzesverletzung gesetzlich strafbar ist, ergibt sich aus dem Begriff des Gesetzes als einer Gebots- bezw. Verbotsnorm. Anders verhält es sich aber mit der Frage, ob ein Verhalten tatsächlich, d. h. nach dem allgemeinen zur Zeit herrschenden Rechtsempfinden strafwürdig ist oder nicht. Im Anfang war die gesetzliche Strafwürdigkeit mit der tatsächlichen zusammengefallen, da beiden die generelle Betrachtungsweise eigen gewesen war. Man hatte zunächst zwei verschiedene Diebstahlsfälle auch dann als Unrecht, als Diebstahl, empfunden, wenn der eine Dieb ohne Not hunderte, der andere aus Not wenige Mark gestohlen hatte. Es war einem wohl das Tun im zweiten Falle verständlicher, entschuldbarer erschienen, aber man hatte es genau so wie im ersten Falle als ein Unrechttuen empfunden. Nun begann man — beeinflußt durch den Individualismus auf anderen Gebieten — auch bei der rein tatsächlichen Beurteilung eines Deliktes vor allem den Einzelfall mit seinen persönlichen und milieuhaften Momenten zu sehen, und erst wenn man das Verhalten des Täters bei Abwägung aller Momente als schuldhaft, als moralisch verwerflich empfand, — nicht schon wenn es sich als Gesetzesverletzung darstellte — nannte man es Unrecht.

Um so schmerzlicher mußte man es empfinden, daß trotzdem von dem Richter bei der Frage der Strafbarkeit nur darauf geachtet wurde, ob die Tat eine Gesetzesverletzung war oder nicht.

[1]) in gewissem Umfange schon 1878 in den englischen Massachusetts Probations Act (vgl. Wegner Z. St. W. 1925 S. 285.)

Es war nichts damit geholfen, daß in besonders krassen Fällen der Ausweg der Begnadigung gewählt wurde. [1]) Begnadigung ist immer Milde, nicht Gerechtigkeit. Das übersieht Binding, [2]) wenn er als Regulator für unheilvolle Gesetzes- und Urteilswirkungen auf kriminellem Gebiete die Gnade empfiehlt. [3]) Er übersieht auch, daß die Begnadigung ihrem Wesen nach Ausnahmehandlung sein soll. Es geht nicht an, diese Ausnahme zur Regel machen zu wollen. [4])

Das Problem, unheilvolle Gesetzes- und Urteilswirkungen nach Möglichkeit zu verhindern, konnte nur anders gelöst werden. Nur ausgehend von einer gerechten, d. h. dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechenden Beurteilung der Tatbestände konnten die Auswüchse gesetzlich notwendiger Bestrafungen ausgeschlossen werden. In dieser Richtung vollzog sich denn auch die Entwicklung.

Man erkannte, daß das Zuviel an Bestrafungen darauf beruhe, daß dem Rechtsempfinden oft zuwider einfach alles, was gegen das Gesetz war, bestraft worden war. Man wurde sich darüber klar, daß deshalb nunmehr eigentlich nur das bestraft werden könne, das, nicht nur mit einem gesetzlichen Tatbestande verglichen, sondern auch an sich betrachtet, Unrecht sei.

Die Konsequenz dieser Auffassung — nach dem Gesetz nur das zu bestrafen, was auch dem Rechtsempfinden nach als strafwürdig erschien, oder kürzer gesagt, die Frage der Strafbarkeit überhaupt, nicht das Gesetz, sondern den Richter entscheiden zu lassen, — ist zunächst im Jugendrecht gezogen worden. Dies wird verständlich, wenn man bedenkt, daß gerade bei der bei Jugendlichen besonders deutlichen Verschiedenheit der Individualitäten und bei der Tendenz, Jugendliche nicht zu strafen sondern zu bessern, sich bei der bisherigen Stellungnahme, die in der Frage der Strafbarkeit alles und alle gleich beurteilte, oft genug Fehler ergaben, die erst dann deutlich wurden, wenn das Leben eines jugendlichen Täters bereits durch die Bestrafung und den Strafvollzug ungünstig beeinflußt war. Es hieß also zunächst, eine deutliche Unterscheidung der strafrechtlichen Behandlung Jugendlicher von der Erwachsener zu treffen. Schon die Tendenz, Jugendliche vor allen Dingen zu erziehen -- die in England zunächst propagiert, zu der Errichtung der reformatory und industrial school als Besserungsanstalten geführt hat [5]) — läßt ja ein viel größeres Eingehen auf die Individualität des Jugendlichen zu. Wenn man bedenkt, daß der Gedanke, jugendliche Verbrecher nicht zu bestrafen, sondern in die

---

1) Vgl. dazu Müller 392.
2) S. 861.
3) a. A. Stammler (vgl. seine „Lehre vom richtigen Recht").
4) Vgl. hierzu Entwurf § 116.
5) Vgl. dazu Wegner in Z. St. W. 1925 S. 280.

Erziehungsanstalt des industrial school zu stecken, bereits im Jahre 1793 aufgetaucht, wenn auch gemäß den Ansichten der damaligen Zeit noch abgelehnt worden ist, [1]) so erkennt man, wie weit die Anfänge dieser Bestrebungen damit auch der Tendenz auf die Individualität des einzelnen zurückgreifen.

Freilich ging es bei der Schaffung eines besonderen Jugendgerichtes in anderen Ländern nicht so schnell wie in dem fortschrittlich gesinnten England, das sich bereits im Jahre 1907 die Probation of Offenders act und im Jahre 1908 den children act gab. Es folgten Belgien mit dem loi sur la protection de l'enfance im Jahre 1912, Frankreich mit einem diesbezüglichen Gesetz im Jahre 1921, während Oesterreich bereits im Jahre 1919 und Spanien schon im Jahre 1918 gleichlautende Gesetze geschaffen hatten. Deutschland folgte schließlich am 16. Februar 1923. Das deutsche Jugendgerichtsgesetz spricht die individualistische Auffassung in seinem § 32 ausdrücklich aus. Es legt im Verbrechensfalle in die Hand des Richters allein die Entscheidung, ob ein Verhalten strafwürdig ist oder nicht. Der Richter soll — das wird hier gesetzlich das erstemal festgelegt — bei Berücksichtigung aller Momente, die diesen Fall betreffen, entscheiden, ob überhaupt eine Maßnahme gegen den Jugendlichen getroffen werden soll oder nicht. Indessen ist die Vorschrift des § 32 J. G. G. noch kein reiner Sieg des Individualismus. Man hatte hier nicht etwa deshalb dem Richter Ermessensfreiheit gegeben, weil man zu der Ansicht gekommen war, ein Verhalten sei nur dann strafbar, wenn es, individuell betrachtet, Strafe verdiene, wenn das allgemeine Rechtsempfinden es für strafwürdig erachte. Hätte man das gewollt, so hätte man dem § 32 J. G. G. nicht die Form eines Gnadenaktes gegeben. Wenn der Richter in gewissen Fällen von Strafe „absehen" darf, so bedeutet das, daß er mitunter in Fällen, in denen das Verhalten nach dem Gesetz bestraft werden müßte, a u s n a h m s w e i s e die an sich durch das Gesetz verwirkte Strafe erlassen kann. Das aber ist ganz etwas anderes, als wenn dem Richter durch das Gesetz die Möglichkeit gegeben wird, Fälle straflos zu lassen, weil das betreffende Tun, als Einzelfall, nicht als Beispielsfall artgleicher Delikte, gesehen, r e g e l m ä ß i g eine Strafe nicht verdient. Es kommt hinzu, daß bei der strafrechtlichen Behandlung Jugendlicher immer eine gewisse Milde beobachtet wird, die die Erkenntnis rechtlicher Wertung trübt. Deshalb ist der § 32 J. G. G., wenn er auch in der Praxis zumindest einen unbestrittenen Fortschritt zum Individualismus hin darstellt, doch noch keine reine gesetzliche Verankerung desselben. Dies zu sein, blieb dem § 23 der Verordnung vom 4. 1. 1924 vorbehalten.

---

[1]) Wegner J. St. W. S. 281.

Ausgehend von der Einstellungsmöglichkeit des § 32 J. G. G. ging man dazu über, auch bei Erwachsenen in gewissen Fällen dem Richter die Entscheidung über die Strafbarkeit in die Hand zu geben. Hier konnten Milderungsgründe für die Beurteilung wie Jugendlichkeit usw. nicht mitsprechen. Hier konnte eine solche Gesetzesbestimmung nicht anders gedeutet werden, als daß sich die Art der rechtlichen Betrachtung gewandelt hatte, daß man nicht mehr das Verbrechen überhaupt, sondern den aus allen in Frage kommenden Gründen schuldigen Täter beurteilte und aburteilte. So ist § 23 der Verordnung (§ 153 St. P. O.) der erste gesetzliche Sieg des Gedankens, jede in Rede stehende Tat für sich zu betrachten und wie eine kleine Welt unter Heranziehung aller Momente — Lebenslauf, Struktur des Seelenslebens, Milieu, Verwandschaftliche Verhältnisse, Erlebnisse in der Reifezeit ꝛc.[1]) — zu prüfen auf die Frage hin, ob ein strafwürdiges Tun vorliege oder nicht.

Der Sinn des § 153 St. P. O. bezw. § 23 der Verordnung ist also:

> Ein Tun, das zweifellos gegen das Gesetz verstößt, soll nicht verfolgt und nicht bestraft werden, nicht etwa weil der Richter **gnadenweise** von Strafe absehen darf, sondern weil der betreffende Fall nicht strafwürdig und aus **Rechtsgründen** nicht strafbar erscheint.[2])

§ 153 St. P. O. ist also kein Gnadenakt wie etwa die Niederschlagungsbefugnis des § 443 Abs. 2 R. A. O.,[3]) der ja schon in seiner Form, aber auch mit Rücksicht auf seinen Vorgänger[4]) ausschließlich Gnadencharakter trägt, sondern Ausdruck des herrschenden Rechtsempfindens. Dadurch unterscheidet er sich prinzipiell von dem ähnlich lautenden Nr 93 des österreichischen Strafgesetzbuches[5]) und der Einstellung des Strafvollzuges in Art 47 des Schweizer Strafgesetzbuches,[6]) die beide unzweifelhaft eine — ausnahmsweise zulässige (vergl. kann den Strafvollzug einstellen, kann mildern) — Begnadigung darstellen. Ebenso steht es mit der „gerichtlichen Verzeihung" des französischen Rechts. In Frankreich gibt es nämlich Gesetzentwürfe, nach denen bei leichten Verbrechen, wenn der Verbrecher nicht gefährlich ist und in bemitleidenswerten und entschuldbaren Umständen gehandelt hat der Richter im Urteil die Schuld des Verbrechers zwar konstatieren, aber gleichzeitig gerichtliche Verzeihung erteilen kann.[7]) Jede Verzeihung

---

1) Lenz J. K. D. S. 23/25.
2) vgl. dazu R. G. 59 S. 54 ff.
3) vgl. dazu Mrozek § 443 Anm. 4.
4) Preuß. Allerh. Erlaß v. 26. 9. 1897 (G. S. S. 402).
5) Art. VI des Ges. v. 5. 12. 1918, St. G. B. Nr. 93.
6) Vorentwurf des Schweizer St. G. B. 1894.
7) vgl. Ferri Zeitschr. S. 488.

setzt aber voraus, daß die zu verzeihende Tat eine Verfehlung darstellt. § 153 St. P. O. dagegen spricht aus, daß nach geltendem Rechtsempfinden in den dort gemeinten Fällen eine Verfehlung garnicht vorliegt. Er verzeiht nicht sondern er erklärt ein Tun auf Grund gesetzlicher Bestimmung für straffrei.[1])

Freilich wenn Lilienthal[2]) fordert, daß Bagatellen des § 153 St. P. O. nicht bestraft werden sollten, statt daß sie trotz Strafandrohung nicht verfolgt würden, so tut er dies durchaus mit Recht. Liegt nach dem Rechtsempfinden ein strafwürdiges Tun nicht vor, so brauchte das Verhalten auch nicht erst mit Strafe bedroht zu sein. Indessen steht hier der Begriff der Norm im Wege. Ließen sich die Fälle, auf die § 153 St. P. O. Anwendung findet, unter eine abstrakte Formel bringen, so wäre es einfach, eine gesetzliche Bestimmung zu schaffen, des Inhalts, daß derartige Fälle nicht strafbar seien. Solange aber die Mannigfaltigkeit des Lebens einmal jeden Fall dann aber auch seine Bewertung verschieden sein läßt, kann man sich nur, wenn man nicht gerade alle Bagatellen für straflos erklären will — was zweifellos zu weit führen würde — damit behelfen, daß man zunächst alle Gesetzwidrigkeiten strafbar sein läßt und es dem Ermessen des Richters durch gesetzliche Bestimmung überläßt, ob er die Einzeltat strafwürdig beurteilt oder nicht.

II.

Die gesetzmäßige Anwendung des § 153 St. P. O. sieht in der Praxis im Einzelfalle etwa folgendermaßen aus: Es handelt sich um ein Strafverfahren wegen eines Diebstahls, dessen Objekt 20 RM beträgt. Der Täter, ein Angestellter des Bestohlenen, gibt die Tat zu. Er wäre infolgedessen nach der bisherigen Rechtsauffassung zu bestrafen, da er gegen § 242 St. G. B. verstoßen hat, ohne daß es einer besonderen Untersuchung des Falles nach der persönlichen Seite hin bedürfte. Da der Täter indessen unbestraft ist, seine verwitwete Mutter zu ernähren und nur infolge besonderer häuslicher Not den Diebstahl ausgeführt hat, da er sich ferner sofort nach Begehung der Tat selbst an seinen Chef gewandt und ihm Wiedergutmachung versprochen hat, da schließlich der Bestohlene in solchen Vermögensverhältnissen ist, daß ihn der Verlust von 20 RM nur unerheblich trifft, erscheint in diesem Falle eine Bestrafung — wenn sie auch durch das Gesetz zunächst geboten ist — nach der Auffassung von der Strafwürdigkeit eines Tuns nicht nur unnötig, sondern mit Rücksicht auf ihre Folgen sogar unsinnig. Deshalb

[1]) vgl. dazu R. G. 59 S. 5?.
[2]) Zeitschr. S. 203.

soll in einem solchen Falle das Verfahren, weil die Tat infolge der besonderen Umstände des Falles nicht als strafwürdig empfunden wird, gemäß § 153 St. P. O. eingestellt werden und der Täter straflos bleiben.

a)

Der Grund hierfür ist die in § 153 St. P. O. verankerte Individualbetrachtung und die durch sie bewirkte Aenderung des Schuldbegriffes, die sich in § 153 St. P. O. findet.

Bisher wurde, damit ein Tun strafwürdig sei, außer der objektiven Gesetzesverletzung — der Rechtswidrigkeit der Tat — nur noch die subjektive — das Verschulden des Täters — verlangt. Dabei bedeutet etwas verschulden soviel wie einen Erfolg verursachen, ohne daß dem Täter einer der Entlastungsgründe der §§ 50 ff St. G. B. zugute kam. Der Täter hat also eine Tat verschuldet, wenn er den eingetretenen Erfog hervorgerufen hat und kein Anlaß besteht, bei der gerichtlichen Verfolgung den eingetretenen Erfolg ihm nicht zuzurechnen. Ueber das bloße Verursachen geht das Verschulden also insoweit hinaus, als zum Verursachen allein das Vorhandensein des Kausalzusammenhangs, zum Verschulden jedoch über diesen Kausalzusammenhang hinaus die Zurechenbarkeit des Erfolges gehört.

Daß der Begriff des Verschuldens im bisherigen Strafrecht eine so bedeutende Rolle gespielt hat und spielt, ergibt sich daraus, daß die bisher herrschende Auffassung die generalisierende ist. So lange man es grundsätzlich für die Strafbarkeit eines Verhaltens genug sein läßt, daß das Verhalten gesetzwidrig (im objektiven und subjektiven Sinne) ist, so lange man also allein das Gesetz zum Maßstab und zur Richtschnur nimmt, so lange braucht man eben bei der Strafbetrachtung nichts anderes zu prüfen, als ob das Gesetz objektiv verletzt ist und die Gesetzesverletzung dem Täter zugerechnet werden kann. Es wurden deshalb in der Praxis einfach ebenso wie bei der Prüfung des Vorhandenseins des objektiven Tatbestandes — wo man den ein für alle mal geltenden Gesetzestext mit der Sachlage verglich — bei der Prüfung der Frage des Verschuldens die gleichfalls für alle Fälle geltenden Verschuldensbegriffe (Vorsatz und Fahrlässigkeit) auf die Sachlage angepaßt und untersucht, ob sie paßten oder nicht.

Die Arbeit der Rechtsanwendung auf einen gegebenen Fall war also auch bezüglich der Prüfung der subjektiven Momente höchst einfach. Denn die beiden Verschuldensbegriffe sind ja konstant und für alle Rechtsfälle des Strafrechts geltend. Der Begriff der gesetzlichen Zurechenbarkeit, d. h. das Vorhandensein eines von der Gesellschaft absolut bestimmten Faktors ist ja, wie jeder Begriff, völlig abstrakt und daher zeitlos. Vorsatz ist heute ebenso

wie früher das Unternehmen einer Handlung, deren Erfolg vom Täter vorausgesehen wird und Fahrlässigkeit ist immer noch Nicht-Voraussicht des voraussehbaren und vermeidbaren Erfolges bei Vornahme einer Handlung. [1]) Daß die Anwendung dieser Verschuldenbegriffe, da diese auf alle Straffälle passen, die Behandlung aller Straffälle gleichmacht, ist eine notwendige Folge der Schaffung und Benutzung dieser abstrakten, generellen Begriffe. Andererseits wäre es aber erstaunlich, wen man in der bisher durchaus generell gestalteten Strafrechtspflege gerade bei der Beurteilung des subjektiven Tatbestandes plötzlich vom generellen Standpunkt abgewichen wäre und mehr als Vorsatz, Schuld, [2]) für die Strafbarkeit verlangt hätte.

Im Gegensatz zu den Begriffen „Vorsatz" und Fahrlässigkeit, die lediglich der technischen Methode zur Einreihung von Verbrechensfällen in juristische Tatbesteständе dienen, [3]) ist Schuld ein allgemeiner, nicht nur juristischer Begriff. Deshalb ist Schuld auch nicht wie „Verschulden" ein absoluter, abstrakter Begriff, sondern ein relativer, je nach der Sachlage zu ermessender. Wohl läßt sich definieren, was Schuld ist. Schuld ist ein solches Verhalten, eine solche seelische Haltung, die den Vorwurf der Gesellschaft hervorruft, der Betreffende habe unsozial, unmoralisch, anders wie ein Durchschnittsmensch gehandelt. [4])

Da sich aber die ethischen Auffassungen der Menschen, also die Grundlagen für die ethische Bewertung einer Tat naturgemäß dauernd wandeln, ist auch die Auffassung darüber, wann ein Tun eine Schuld darstelle und wann nicht, nicht gleichbleibend. Vieles, was vor 50 Jahren noch als Schuld, also als zurechenbares und unmoralisches Verhalten galt, wird heute durchaus nicht mehr so empfunden. Es sei nur an den Wandel in der Auffassung von der Notwendigkeit einer Bestrafung des in § 218 St. G. B. bezeichneten Tuns gedacht. Vor noch nicht langer Zeit galt die Abtreibung nicht nur als eine Gesetzeszuwiderhandlung, sondern auch als ein unmoralisches und verabscheuungswürdiges Tun, eben weil durch diese Tat der Gesellschaft ein Schaden zugefügt, nämlich Menschenleben entzogen wurde. Heute, wo nicht nur medizinische und soziale Erkenntnisse hinzugekommen sind, sondern auch die individualistische Betrachtung dem Rechte des Staates auf Geburten das Recht des Individuums auf seinen Körper gegenübergestellt hat, wird das in § 218 St. G. B. bezeichnete Verhalten nur noch von einem

[1]) Liszt-Schmidt S. 184.
[2]) Auf die Notwendigkeit, die Begriffe Schuld und Verschulden scharf zu trennen, weist Berg S. 65 ausdrücklich mit Recht hin.
[3]) Vgl. Wegner in „Schuld".
[4]) Anders Wegner (i. „Schuld") Goldschmidt, Kohlrausch in Aschrott-Liszt S. 183ff., Berg S. 53, die zu Unrecht nicht das betr. Verhalten, sondern seine Beurteilung als Schuld ansehen, anders auch Radbruch Z. St. W. 24, 345.

Teil des Volkes als unmoralisch, als Schuld empfunden. Einem großen Teil des Volkes erscheint das fragliche Tun nicht als verabscheuungswürdig [1]) — die Erörterung der Frage, ob es nicht dennoch aus politischen oder religiösen Gründen für die Beibehaltung des umstrittenen Paragraphen eintritt, gehört nicht hierher, — eben weil man heute im Gegensatz zu früher nicht schon dann einen Menschen moralisch zu verurteilen wagt, wenn sein Tun mit den Gesetzen nicht im Einklang steht, sondern erst wenn ihm dies bei Berücksichtigung aller Momente auch wirklich vorgeworfen werden kann.

Denn die Schuldbetrachtung sieht — im Gegensatz zur Verschuldensbetrachtung — nur das den Einzelfall Betreffende, sie geht nicht von ähnlich liegenden Fällen aus, sondern betrachtet nur das in Rede stehende Verhalten, sie geht also, sozusagen, individualisierend vor. Anders steht es mit der Verschuldensbetrachtung. Ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, läßt sich ein für allemal genau sagen. Ob Schuld vorliegt, kann man — gerade mit Rücksicht auf die dem Wandel der Zeiten unterworfene Auffassung von Moral und Ethik — nur von Fall zu Fall beurteilen weil man erst die Momente des Einzelfalles in Rechnung ziehen muß.

Da aber § 153 St. P. O. eine typisch individualistische Vorschrift ist, [2]) wäre es widersinnig wenn man annehmen wollte, daß gerade diese Bestimmung nur mit den generellen Verschuldensbegriffen operiere. Zwar wird dieses von vielen Seiten behauptet. Bumke, der Mitschöpfer der Verordnung vom 4. 1. 1924 sagt, [3]) daß „Schuld Vorsatz und Fahrlässigkeit umfasse“, auch Löwe [4]) legt Schuld im rechtstechnischen Sinne aus. Beide geben jedoch keine Begründung für ihre Auslegung und wenn Löwe [5]) hinzufügt, ein überzeugender Grund für die Auslegung des Begriffes Schuld in moralischem Sinne sei nicht ersichtlich, so geht er offenbar davon aus, daß im bisherigen Strafrecht alles auf dem generellen Standpunkt beruhe und meint, es bestehe kein Grund, in § 153 St. P. O. gerade eine Durchbrechung der generellen Auffassung zu sehen. Dies trifft jedoch nur zu, soweit es sich um die Absichten des Gesetzgebers bei Schaffung des § 23 V. O. handelt, nicht aber, soweit es sich — und darauf kommt es an — um die Entwicklungs-

[1]) vgl. Dr. phil. Stöcker, Dr. jur. Weinberg und v. Lilienthal in J. W. 1925 S. 916, dagegen aber Hoche-Brandenburg, der Kampf gegen die Abtreibungsseuche Leipzig 1927, Ziemke in J. W. 1925 S. 916, Beratungen der Deutsch. Strafrechtl. Gesellschaft in D. J. Z. 1927 S. 1022, die bei Liszt-Schmidt zu § 218 Genannten und insbesondere Ebermayer „Abtreibung“ im Handw. d. Rechtswissensch.

[2]) Vgl. S. 9 ff.

[3]) § 23 Anm. 7.

[4]) § 153 Anm. 3.

[5]) a. a. O.

geschichte des § 153 [1] und seine Handhabung in der Praxis handelt. Damit sind auch die Ausführungen Löwes widerlegt.

Gleichermaßen unzutreffend ist es, wenn Kiesow [1]) bemerkt, Schuld in § 153 St. P. O. sei gleich Vorsatz bezw. Fahrlässigkeit plus sittlicher Verschuldung. Von Schuld kann ja erst gesprochen werden, wenn die Verschuldensfrage im bejahenden Sinne geklärt ist. Liegt weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vor, so kann von einer Prüfung der Schuldfrage keine Rede sein und für eine Anwendung des § 153 St. P. O. ist dann deshalb kein Platz, weil aus subjektiven Gründen — aus Gründen des mangelnden Verschuldens — Freisprechung erfolgen muß.

Dieses Ergebnis entspricht auch der Auffassung Wegners, der im Gegensatz zu der bisherigen Auffassung [2]) Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht als Schuldformen, sondern nur als Schuldindizien ansieht,) denn liegen im Falle des § 153 St. P. O. nicht einmal die vom Gesetz verlangten Indizien für eine Schuld vor, so erübrigt sich die Prüfung, ob über diese Indizien hinaus noch ein besonderes schuldhaftes Verhalten gegeben ist.

Um es zusammenzufassen: „Schuld“ in § 153 St. P. O. ist nicht ein aus rechtstechnischen (Vorsatz, Fahrlässigkeit!) und moralischen Begriffen zusammengesetzter, sondern ein rein moralischer Begriff. [4]) Wenn Schäfer-Hartung [5]) behauptet, Schuld sei hier nur im Sinne der Strafzumessung gemeint, übersieht er, daß § 153 St. P. O. nicht die Strafzumessung, sondern die Strafbarkeit angeht, und daß Schuld und Verschulden zwei gänzlich verschiedene Begriffe sind, nicht aber Schuld eine Erleichterung oder Verbesserung des Verschuldens ist, wie er es offenbar meint.

Dafür, daß in § 153 St. P. O. nur Schuld, nicht Verschulden gemeint ist, sprechen noch folgende Erwägungen:

Einmal spricht § 153 St. P. O. ausdrücklich von Schuld, nicht von Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Dann aber heißt es dort: „Geringe Schuld“. Nun kann Verschulden niemals gering sein, weil es nicht meßbar ist. Vielleicht könnte man bei der Fahrlässigkeit einige Grade unterscheiden, obwohl auch dies m. E. schon mit Rücksicht auf die Individualität der Fälle nicht angeht. Keinesfalls aber kann man von höherem oder geringerem Vorsatz sprechen. (Der Unterschied zwischen dolus directus und dolus eventualis liegt in der Richtung, nicht im Grade). Entweder liegt Vorsatz vor oder nicht, eine Graduierung aber ist in der Praxis bisher weder geübt worden noch auch überhaupt möglich.

---

[1]) § 153 Anm. 5.
[2]) Vgl. z. B. Franck Vorb. zu § 51, Alsberg S. 53.
[3]) Vgl. die Abhandlungen über „Vorsatz“ u. „Schuld“.
[4]) Vgl. auch Feisenberger § 153 Anm. 5, Kohlrausch § 153 A. 3.
[5]) § 153 Anm. 5 Abs. 2.

Für die hier vorgetragene Auffassung vom Wesen der Schuld in § 153 St. P. O. spricht schließlich noch die in der Praxis geübte Handhabung. In den Fällen, in denen die Anwendung von § 153 St. P. O. in Frage steht, wird stets, wenn eine Bestrafung erfolgen soll, außer Vorsatz oder Fahrlässigkeit auch ein gewisses, den Einzelfall kennzeichnendes Maß von amoralischem, vorwerfbarem Verhalten gefordert.

Das Ergebnis unserer Betrachtung ist demnach, daß unter Schuld in § 153 St. P. O. nicht Verschulden, sondern unethisches, sozialschädliches Verhalten verstanden werden muß. Hier ist also zum ersten Mal der Plan Paul Merkels,[1] die subjektive Seite der Tat über Vorsatz und Fahrlässigkeit hinaus zur ethischen Seite hin zu erweitern, in die Wirklichkeit umgesetzt.

Diese aus § 153 St. P. O. sprechende Betrachtungsweise, die als maßgebend nicht mehr ausschließlich die Gesetzesverletzung, sondern auch die den Einzefall charakterisierenden „Schuld"momente ansieht, steht aber in grundlegendem Gegensatz zu dem Begriff der Strafrechtspflege, wie er bisher unumstößlich galt. Das die Individualbetrachtung der Grundauffassung Delikt = Gesetzwidrigkeit entgegengesetzt ist, ist bereits ausführlich besprochen. Die Individualbetrachtung bringt aber auch eine Antastung des Grundsatzes mit sich, daß das Wesen der Tat vom Gesetz bestimmt wäre, daß daher der Mittelpunkt jeder Betrachtung das Gesetz, die Norm sein müßte.

Bisher ergab die Fixierung eines Gedankens in die Form des Gesetzes als einer Verbots- oder Gebotsnorm, was Recht, was Unrecht sei. Diese gesetzliche Fixierung war die Konsequenz der Auffassung, daß Verbrechen alles das sei, was die Gesellschaft schädige. Es wurde mithin in einer Formel ausgedrückt, welches dieses staatsschädliche Verhalten sei und welche Folgen es nach sich ziehe. Bei der strafrechtlichen Betrachtung eines Sachverhalts war also diese Formel allein die Grundlage zur Rechtsbetrachtung, sie wurde für alle dahingehörigen Fälle angenommen. Dies ließ sich deshalb durchführen, weil das Gesetz nicht kasuistisch geregelt war, sondern absolute, abstrakte Erfordernisse angab, deren Vorhandensein dann in jedem Falle zu prüfen sei. Die Norm aber ist jeder Individualität feindlich,[2] muß es auch sein. Sie sieht und soll nur sehen das, was allen Fällen gemeinsam ist. Im

[1] vgl. seinen Aufsatz J. W. 1924 S. 1677 ff.
[2] vgl. Binding S. 8 161.

Interesse dieses Gemeinsamen muß bei der Norm alles Individuelle unter den Tisch fallen. So war es auch im bisherigen Strafrecht, das ausschließlich mit der Norm arbeitete. Deshalb sagt Binding [1]) mit Recht, die Normen wären der Angelpunkt des strafrechtlichen Systems und Liszt-Schmidt [2]) tut ihm Unrecht, wenn er diese Bemerkung Bindings für eine einseitige und willkürliche Feststellung hält. Solange die Strafbarkeit eines Tuns allein von der Zuwiderhandlung gegen ein Gesetz, gegen eine absolute Norm abhängt, solange muß das Primäre und Grundlegende die gesetzliche Norm bleiben.

Es mag hier unerörtert bleiben, ob nicht eine Strafrechtspflege überhaupt nur dann möglich ist, wenn die Norm in ihrer bisherigen Bedeutung beibehalten wird. Daß die Norm bei der rein generalisierenden Strafrechtsauffassung im Mittelpunkt stehen muß, leuchtet ohne weiteres ein. Zweifelhaft ist nur, ob auch eine individualistische Strafrechtsbetrachtung ohne Normen nicht auskommen würde. Man wird hier einwenden, schon im Begriff Strafrecht stecke der Begriff der Norm, denn Recht — im objektiven Sinne — sei ja nichts anderes als die für eine Menschenmehrheit geltenden Normen. [3]) Aber wenn auch Recht und Norm zusammengehörige Begriffe sind, so ist damit noch nicht gesagt, daß Recht die Summe **juristischer** Normen ist. Begrifflich gehören zu dem Begriff des Rechts mindestens soviel moralische wie juristische Normen. Differieren juristische und moralische Normen, so ist das Recht eher auf der moralischen wie auf der juristischen. Man bedenke nur, wie oft summum jus gleich summa iniuria ist. Ist man aber gar wie der Verfasser der Auffassung, daß sich juristische und moralische Normen in Zukunft nicht mehr decken werden — weil die juristischen Normen (wenigstens bisher immer noch) auf Generalbetrachtung, die moralischen aber auf Individualbetrachtung beruhen [4]) (ob es **wünschenswert** wäre, auch für das Individuelle eine überindividuelle Betrachtungsgrundlage zu schaffen, gehört nicht hierher) — so kommt man zu der Konsequenz daß man das Strafrecht (Recht = Summe moralischer Normen) wohl anerkennen, die Herrschaft der **juristischen** Norm aber bekämpfen kann. Indessen gelten die Betrachtungen über eine nicht auf der Norm aufgebaute Strafrechtspflege erst für die weitere Zukunft. Entwicklungen von derartiger Tragweite vollziehen sich im Laufe von Jahrhunderten, nämlich immer nur in dem Maße, als die herrschende Rechtsauffassung zuläßt.

---

[1]) Handbuch 1 S. 155.
[2]) S. 5 Anm. 3.
[3]) Liszt-Schmidt S. 3.
[4]) a. A. Wegner, nach dem auch die Moralbetrachtung immer noch generalisierend vorgeht.

Die geltende Strafrechtsauffassung betrachtet aber immer noch das in Frage stehende Gesetz, nicht den Einzelfall als Hauptsache. Sie überläßt grundsätzlich nicht dem Richter, sondern dem Gesetz die Entscheidung über die Strafbarkeit eines Tuns. Wenn man demgegenüber in irgend welchen Fällen den subjektiven Richter über die Strafbarkeit urteilen lassen wollte, konnte es nur in geringerem Umfange geschehen. Das gebot schon das Interesse an der Rechtseinheit, die ungeheuer gefährdet gewesen wäre, wenn plötzlich in allen Fällen nicht mehr die Norm, sondern der Richter über die Strafbarkeit entschieden hätte. Ein solcher Wechsel hätte bei der naturnotwendigen Differenz der Fälle und der Auffassung der Richter gerade durch die Plötzlichkeit einer solchen Aenderung zu einer Zerrissenheit der Rechtsprechung geführt, die alle Teile des Volkes erbittert hätte.

Wenn man also wirklich individualistische Vorschriften über das bestehende Rechtssystem einfügen wollte, konnte es sich nur um eine Reformierung in engen Grenzen handeln. Die Grenzziehung konnte wiederum generell oder individuell erfolgen. Man konnte entweder prinzipiell alle Delikte bis zu einer gewissen Objekthöhe der individualistischen Betrachtung unterwerfen oder etwa alle Uebertretungen hierher gehören lassen. Man konnte aber auch andrerseits — unbeschadet der Tendenz, die Anwendbarkeit der individuellen Vorschriften möglichst stark einzugrenzen — eine unbestimmte Terminologie wählen und es dem Beurteiler des Einzelfalles überlassen, welche Fälle er in dieser Weise entscheiden wollte. Das Gesetz hat den letzteren Weg gewählt, als es in § 153 St. P. O. eine rein individualistiche Vorschrift schuf.

Es läßt sich hiergegen nicht sagen, daß durch die Fassung des Abs. 1 im Gegensatz zu Abs. 2 — Ersterer ist Mußvorschrift, Letzterer dagegen nur Kannvorschrift — doch, zu mindest eben in Abs. 1, eine generalisierende Durchführung der Individualbetrachtung erfolgt ist. Dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn man etwa bei allen Uebertretungen oder bei gesetzlich abstrakt bestimmten Übertretungen die Einstellung des § 153 St. P. O. vorgesehen hätte, wenn also schon aus dem Gesetz zu erkennen gewesen wäre, wann jemals Einstellung erfolgt. Dies ist nicht der Fall. § 153 St. P. O. gibt nur äußere Umrisse, sagt aber weder in Abs. 1 noch in Abs. 2 abstrakt wie die Fälle aussehen, in denen das Verfahren einzustellen ist. Insofern besteht also zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des § 153 St. P. O. — die sich im übrigen darin unterscheiden, daß in den Fällen des Abs. 2 reines Opportunitätsprinzip herrscht, während gemäß Abs. 1 bei Übertretungen die Staatsanwaltschaft ausschließlich nach Rechtsüberzeugung verfahren hat,[1] — kein

[1] vgl. die Unterscheidung bei Kohlrausch § 153 Anm. 1.

Unterschied, als in allen Fällen eine Nichtverfolgung der Delikte nur dann geschehen muß (Abs. 1) bezw. geschehen kann (Abs. 2), wenn die in § 153 St. P. O. genannten Voraussetzungen (Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen, Mangel des öffentlichen Interesses) vorliegen. In beiden Absätzen § 153 St. P. O. wird also verlangt, daß die Schuld des Täters gering und die Folgen unbedeutend seien. Was ist unter „geringer Schuld" und „unbedeutenden Folgen" zu verstehen? Die Denkschrift des Deutsch St. G. B. Entwurfs von 1919, in dem die Straflosslassung „besonders leichter Fälle", also eine ähnliche Grenzziehung vorgesehen war, nimmt an, daß hierunter die Fälle begriffen werden sollten, in denen selbst die Zufügung der gesetzlichen Mindeststrafe die Zufügung einer unbilligen Härte bedeuten würde. Diese Definition vermag nicht zu befriedigen, denn eben so unbestimmt, wie es ist, wann ein „leichter Straffall" vorliegt, so unbestimmt ist es, wann die gesetzliche Mindeststrafe eine „unbillige Härte" darstellt. Gerade das ist nicht nur von der Individualität des einzelnen Falles, sondern noch viel mehr von der subjektiven Empfindung des Einzelnen abhängt. Ebenso unzureichend ist die Naglersche Definition, [1]) daß geringe Schuld und unbedeutende Folgen in den Fällen gegeben seien, die „unter dem Durchschnitt lägen." Es ist nicht ersichtlich, wo der Durchschnitt liegt oder wann eine Tat unter dem Durchschnitt liegt. Dann aber muß gegenüber der Definition eingewandt werden, daß sie mit einem generellen, durch Vergleich verschiedener Fälle und Herausziehung des ihnen Gemeinsamen gewonnenen, Begriff operiert, denn die Bestimmung des Durchschnitts auf einem Gebiete setzt ja die Vergleichung wenigstens einer Anzahl ähnlich liegender Fälle voraus. Bumke, [2]) der sich ebenfalls auf den Naglerschen Standpunkt stellt, zieht auch die Konsequenz der Vergleichbarkeit der Fälle, für die § 153 St. P. O. in Frage kommt. Aber gerade diese Konsequenz, die Möglichkeit der Vergleichung verschiedener Straffälle zur Feststellung, ob eine Schuld gering und die Folgen unbedeutend sind, zeigt deutlich, daß die ihr zu Grunde liegende Voraussetzung, nähmlich die erwähnte Naglersche Definition nicht zutreffen kann. Es ist nicht anzunehmen, daß eine so rein individualistische Vorschrift wie § 153 St. P. O. dadurch, daß sie zur Vergleichung zwingen wollte, ihre individualistische Wirkung völlig aufheben wollte.

Es kommt hinzu, daß auch der „Schuldbegriff" des § 153 St. P. O. kein absoluter ist. Läßt es sich aber nicht für alle Fälle sagen, wann eine Schuld vorliegt, so läßt es sich um so weniger sagen, wann diese Schuld unter dem Durchschnitt liegt. Genau so

[1]) S. 424 ebenso Bayr. Staatsministerium in Bayr. Staatszeitung vom 29. März 1924 und Löwe § 153 Anm. 3

[2]) § 23 Anm. 6.

wenig läßt es sich auch abstrakt angeben, wann eine Schuld gering ist, wann die Folgen einer Tat unbedeutend sind. Dies richtet sich in jedem Falle nach dem subjektiven Empfinden des Richters. Jeder Fall liegt anders, jeder Fall wird auch von jedem Betrachter, was das Schuldmaß anlangt, verschieden bewertet. Deshalb kann man — was sich auch schon aus dem Prinzip des jeder absoluten Formulierung feindlichen Individualismus ergibt — nur Graf zu Dohna [1]) zustimmen, wenn er sagt, daß es sich hier um eine rein individuelle Auslegungsfrage handelt, ob die Schuld gering ist, die Folgen unbedeutend sind, daß aber eine allgemein gültige Formel dafür, welches derartige Fälle sind — mit Ausnahme von einzelnen festen Anhaltspunkten (z. B. vorherige Warnung, einschlägige Vorstrafen usw. [2]) — nicht gegeben werden kann.

Das Ergebnis unserer Betrachtung ist also, daß eine absolute Definition der umstrittenen Begriffe in § 153 St. P. O. nicht gefunden werden kann. Dies Ergebnis entspricht durchaus der individualistischen Tendenz dieser Vorschrift. Daß es richtig ist, ergibt auch die Handhabung des § 153 St. P. O. in der Praxis. Wird in der Praxis bei Verhandlung eines Straffalles die Frage laut, ob eine Einstellung nach § 153 St. P. O. erfolgen solle oder nicht, so wird stets bei Erörterung dieser Frage nur der Eindruck des zur Beurteilung stehenden Falles und Täters berücksichtigt. Niemals wird zur Entscheidung dieser Frage erst ein Vergleich mit ähnlichen Fällen versucht, eben weil man sich bewußt ist, daß letzten Endes jeder Fall einzigartig ist und deshalb die Frage der Geringfügigkeit von Schuld und Tatfolgen nur aus dem betreffenden Fall allein beantwortet werden kann.

Es bleibt schließlich noch die Frage, was unter dem Erfordernis des „öffentlichen Interesses" im § 153 St. P. O. wohl gemeint ist. Auch hier handelt es sich um einen Begriff, der nicht absolut definierbar ist, sondern nur von Fall zu Fall geklärt werden kann. Daß öffentliches Interesse im allgemeinen vorzuliegen pflegt, wenn die Geltung von Polizeiverordnungen strittig ist [3]), trifft wohl zu. Indessen ist das nur ein Teil der insgesamt in Betracht kommenden Fälle und wann — allgemein gesagt — das öffentliche Interesse mangelt, läßt sich, wie Löwe [4]) zutreffend ausführt, nicht ein für allemal sagen, sondern nur in jedem Falle nach Prüfung desselben. Deshalb läßt sich auch nicht etwa allgemein bemerken, daß dort, wo die Interessen von Zentralstellen von Behörden bedroht sind, stets die Oeffentlichkeit interessiert ist. [5])

---

[1]) S. 61, ebenso Löwe § 153 Anm. 1.
[2]) vergl. Löwe § 153 Anm. 3 und Bumke § 23 Anm. 7.
[3]) Kiesow § 153 Anm. 6.
[4]) § 376 Anm. 3.
[5]) Schimmack in J. R. D. 1924 S. 182.

Dies ist schon deshalb nicht immer der Fall, weil ja die Behörde — wenn auch theoretisch eine Vertretung der gesamten Oeffentlichkeit — de facto nur ein Teil von ihr ist. Erst ihre mehr oder minder die Oeffentlichkeit ergreifende Tätigkeit macht ihre Beeinträchtigung zu einer Angelegenheit von öffentlichem Interesse.

Wenn Lilienthal [1]) gegen diese individualistische Definition des „öffentlichen Interesses" das Bedenken vorbringt, es könne, wenn die Bestimmung, ob öffentliches Interesse gegeben sei, dem Richter als Individuum überlassen bliebe, Beeinflussung und Subjektivität walten und dadurch das Gefühl der Rechtsungleichheit im Volke wachsen, so führt er damit ein Bedenken an, das gegenüber jeder Einführung von Ermessensentscheidungen paßt. Gegenüber seinen Bedenken läßt sich nur sagen, daß es sich bei jeder Ermessensentscheidung um eine Vertrauensfrage handelt. Nur wenn man dem Richtenden zutraut, daß er sich von Beeinflussung und überschießender Subjektivität leiten läßt, kann man Lilienthals Befürchtungen teilen. Hat man zu den Vertretern der Rechtspflege Vertrauen, so erübrigt sich eine Antwort auf Lilienthals Ausführungen.

Da es sich also generell weder sagen läßt, wann die Schuld des Täters gering und die Tatfolgen unbedeutend sind, noch wann es am öffentlichen Interesse im Sinne des § 153 St. P. O. mangelt, ist festzustellen — das ist das Bedeutsame des § 153 St. P. O. —, daß hier zum erstenmale in der Strafrechtspflege keine generellen Strafbarkeitsvoraussetzungen gegeben werden, daß hier vielmehr zum ersten Mal nicht nur der Richter allein über die Strafbarkeit eines Verhaltens entscheidet, sondern auch die Maßstäbe für die Strafbarkeit — insbesondere für die Beurteilung der „Schuld" des Täters — aus dem Fall selbst schöpft. § 153 St. P. O. ist also sowohl, was die Frage der Strafbarkeit überhaupt, als auch was die Maßstäbe dieser Strafbarkeit anlangt, die erste gesetzliche Verankerung des reinen Individualismus.

Es soll nicht bestritten werden, daß die rein chronologische Entstehungsgeschichte des § 153 St. P. O. der hier vorgetragenen Auffassung widerspricht. Indessen rechtfertigt sich Letztere doch — wenn sie auch bisher weder in der Literatur noch in der Judikatur vertreten wird — aus der großen rechtsgeschichtlichen Entwicklung.

---

[1]) Zeitschr. S. 202 ff.

b.

In § 153 St. P. O. ist aber auch zum ersten Mal gesetzlich festgelegt, daß Tatbestände, die an sich als Gesetzesverletzungen nach der bestehenden Rechtsauffassung bestraft werden müßten, straflos gelassen werden sollen. Daß Handlungen, die nach dem Gesetz nicht strafbar waren — etwa, weil ein objektives Tatbestandsmerkmal nicht gegeben war oder weil dem Täter ein Schuld- oder Unrechtsausschließungsgrund zugute kam — nicht bestraft wurden, entsprach dem Begriffe der Strafe als Ahndung einer Gesetzesverletzung. Daß gesetzlich mit Strafe belegte Handlungen nicht **verfolgt** wurden (Amnestie) oder ihre **Verfolgung** niedergeschlagen wurde (Abolition) oder dem Täter die Verbüßung der erkannten Strafe erlassen wurde, kam zwar in der bisherigen Strafrechtspflege auch vor. Aber diese Maßnahmen waren Gnadenerlasse und widersprachen als solche nicht dem Grundsatz, daß jede Gesetzesverletzung bestraft werden müsse. Wenn der Täter in diesen Fällen auch de facto keine Strafe erlitt bezw. verbüßte, so war er doch de jure straffällig, und an dieser Straffälligkeit wurde durch den gnadenweisen Erlaß der Strafe nichts geändert. Wenn andererseits das Fehlen des erforderlichen Strafantrags, der Eintritt der Verjährung usw. die Fortführung oder Einleitung der Strafverfolgung vereitelten, so stand in diesen Fällen lediglich ein prozessualles Hindernis der Bestrafung entgegen, der Täter war aber dessen ungeachtet straffällig. In den genannten Fällen war es also lediglich zu einer Durchführung des staatlichen Strafanspruchs nicht gekommen. Immer war aber dieser unzweifelhaft — schon durch die Verletzung des Gesetzes durch den Täter — zur Entstehung gelangt. Ganz anders ist die Sachlage bei § 153 St. P. O. Hier wird eine erkannte Strafe nicht etwa aus Verfahrensgründen oder aus Gnade niedergeschlagen, sondern auf Grund einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung wird ein Tun, das zwar Gesetzesverletzung ist, deswegen in concreto als strafwürdig nicht empfunden, der Täter mithin nicht bestraft, weil dies der herrschenden Rechtsauffassung entspricht. Die gesetzliche Grundlage für diese Rechtsprechung ist also § 153 St. P. O.

§ 153 St. P. O. ist demnach eine Vorschrift materiellen Rechts. Sie hat zwar auch einen verfahrensmäßigen Einschlag, insofern sie eine Anweisung für Richter und Staatsanwalt darüber darstellt, wie das Verfahren zu handhaben sei. Der Staats-

anwalt soll, sofern nach seiner Meinung die in Abs. 1 des § 153 genannten Voraussetzungen vorliegen, das eingeleitete Verfahren nicht weiterführen. Er soll eingegangene Anzeigen, von der Polizei eingereichte Vorgänge beiseite legen. Er soll bereits eingeleitete Ermittlungen nicht fortsetzen. Er soll, trotzdem die Sache an sich anklagereif ist, keine Anklage erheben usf. Ebenso soll der Richter, falls Anklage schon erhoben ist, Einstellung beschließen, wenn seines Erachtens gemäß § 153 St. P. O. zu verfahren ist. Dabei macht es für die Erledigung des Verfahrens nach § 153 St. P. O. keinen Unterschied, in welchem Stadium es sich befindet. Es bleibt sich gleich, ob bereits Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen ist oder nicht, ob es bereits zur Hauptverhandlung gekommen ist oder nicht. Selbst in der Hauptverhandlung kann noch eine Einstellung gemäß § 153 St. P. O. erfolgen. Die Tendenz dieser Bestimmung geht ja dahin, die Bestrafung einer Tat zu verhindern, auf die die in § 153 St. P. O. genannten Merkmale zutreffen Also muß dies solange zulässig sein, als das Verfahren noch nicht beendet ist, d. h. als noch keine Entscheidung — sei es Urteil gemäß § 260 St. P. O., sei es Beschluß auf Einstellung des Verfahrens wegen Verfahrensmängeln — ergangen ist; abgesehen von diesen letzteren Fällen aber ist immer die Einstellung nach § 153 St. P. O. zulässig. Dafür spricht auch der Wortlaut des § 153 St. P. O. Wenn dort „von einer Einstellung“ die Rede ist, die „nach Erhebung der öffentlichen Klage“ erfolgt, so ist damit für das zeitliche Ende der Anwendbarkeit des § 153 St. P. O. keine Grenze gesetzt. Wollte man außerdem eine Einstellung nach § 153 St. P. O. in der Hauptverhandlung selbst nicht zulassen, so würde man zu dem unbilligen Ergebnis kommen, daß der Täter, dessen Sache bereits in die Hauptverhandlung gelangt ist, dafür leiden müßte, daß das Verfahren — noch dazu ohne sein Zutun, wenn nicht gar gegen seinen Willen — bereits soweit fortgeschritten ist. Er würde schlechter gestellt sein, als der Täter, dessen Sache sich zwar nach Eröffnung des Hauptverfahrens, aber vor Anberaumung des Hauptverhandlungstermines befindet. Das kann unmöglich in § 153 St.P.O. beabsichtigt sein. Die Praxis nimmt jetzt auch überwiegend an, daß eine Einstellung nach § 153 St. P. O. in der Hauptverhandlung. Bedenken nicht entgegenstehen. Das beweist die Tatsache, daß die Gerichte wiederholt in Urteilen auf Fragen, die den § 153 St.P.O. berühren, eingegangen sind. [1]) In der Literatur wird die hier erörterte Frage nicht behandelt. Allein Loening [2]) beschäftigt sich damit und kommt zu dem hier vertretenen Ergebnis.

---

[1]) vgl. R. G. 59, S. 54 ff., J. W. 1924 S. 1626, O. L. G. Jena in Sächs. Thür. Arch. 1. S. 109, Bay. O. L. G. 24 S. 10., O. L. G. Kiel in J. St. W. 46 3. Heft S. 174 u. a. Entsch.

[2]) S. 343.

§ 153 St. P. O. ist also zwar, insofern er angibt, daß das Verfahren unter gewissen Umständen einzustellen sei, Verfahrensvorschrift. Er hat aber auch materiellen Inhalt Denn das für eine materiellrechtliche Vorschrift Typische — daß sie die Grundlage für die Rechtsfindung bietet — ist hier gegeben. Wenn Richter oder Staatsanwalt gemäß § 153 St. P. O. das Verfahren einstellen, so begründen sie diese Maßnahme ausschließlich aus § 153 St. P. O. Sie ziehen zur Begründung nicht eine außerhalb des § 153 St. P. O. liegende Vorschrift des Strafgesetzbuches heran, sondern ihre Begründung, „der in Frage stehende Täter sei nur in geringem Maße schuldig, die Folgen seiner Tat seien unbedeutend und die Öffentlichkeit uninteressiert“ ergibt sich ausschließlich aus § 153 St. P. O.

Es läßt sich hiergegen nicht einwenden, schon das äußere Gewand des § 153 St. P. O. — seine Stellung in der Prozeßordnung — beweise zwingend, daß es sich um eine rein verfahrensrechtliche nicht um eine materiellrechtliche Bestimmung handele. Gewiß befinden sich **in der Regel** in den Prozeßgesetzen nur Vorschriften, die ausschließlich verfahrensrechtlichen Charakter tragen, aber daneben existieren auch Bestimmungen, die trotz ihrer Stellung in den Prozeßgesetzen unbestritten materielles Recht enthalten. Es sei z. B. an die §§ 945 Z. P. O., 194 K. O. erinnert. Wenn die Partei, die die Aufhebung eines gegen sie erwirkten Arrestes durchgesetzt hat, beweist, daß die Voraussetzungen des § 945 Z. P. O. vorliegen, so hat sie damit dargetan, daß ihr ein Schadenersatzanspruch zusteht, ohne daß sie sich auf eine Vorschrift des materiellen Rechts berufen hat. Wenn nach Beendigung des Konkurses ein Gläubiger sich bei der Geltendmachung seiner Ansprüche auf den abgeschlossenen rechtskräftigen Zwangsvergleich stützt, so gründet er seinen Anspruch allein auf § 194 K. O. In beiden Fällen wird also ein Recht aus einer Vorschrift hergeleitet, die im Verfahrensrecht (Zivil**prozeß**ordnung, Konkursordnung Abschnitt Konkurs**verfahren**) steht und dennoch zweifellos materiellrechtlichen Charakters ist.

Daß dieser materiellrechtliche Charakter des § 153 St.P.O. von den maßgebenden Stellen keineswegs verkannt wird, beweist ja die Tatsache, daß 1913 und 1919 geplant war, eine Vorschrift diesen Inhalts **in das Strafgesetzbuch** aufzunehmen. Wenn dann eine entsprechende Vorschrift 1924 nicht ins Strafgesetzbuch, sondern in der Strafprozeßordnung Platz gefunden hat, so erklärt sich dies eben aus der bei Schaffung dieser Vorschrift herrschenden Tendenz, durch Abkürzung des Verfahrens Kosten zu sparen, also vor allem das **Verfahren** möglichst früh zu beenden. Im übrigen bestätigt auch die Tatsache, daß eine dem § 153 St.P.O. entspre-

chende Vorschrift [1]) in das neue Strafgesetzbuch übernommen werden soll, die hier vorgetragene Auffassung. Ihre Richtigkeit geht aber schließlich auch noch aus der Begründung des Reichsjustizministeriums zu diesem in Aussicht genommenen Paragraphen des kommenden Strafgesetzbuchs (§ 351) [2]) hervor. Denn wenn das Reichsjustizministerium davon spricht, daß „sich § 153 St.P.O. und § 351 des Entwurfs ergänzten" — „Ersterer gelte (sofern § 351 d. E. in Kraft sei) in Zukunft nur für die Zeit bis zur Hauptverhandlung, Letzterer in dieser selbst" — so ist ja damit gesagt, daß man sich über den materiellrechtlichen Charakter des § 153 St.P.O. klar ist. Denn eine Vorschrift, die den gleichen Zwecken dient wie der unzweifelhaft materiellrechtliche § 351 d. E. und sich nur in verfahrensmäßiger Hinsicht von ihm unterscheidet, kann eben nur materiellen Rechts sein.

§ 153 St. P. O. ist aber nicht nur eine gewöhnliche materiellrechtliche Bestimmung, sondern eine materiellrechtliche **Sachentscheidung**. Daß die Einstellung aus § 153 St. P. O. über das Verfahren entscheidet, ist ohne weiteres klar. Wenn es heißt, „das Verfahren solle eingestellt bezw. die Verfolgung nicht eröffnet werden" usf., so bedeutet das eben, daß die sich auf § 153 St. P. O. stützende Maßnahme des Richters bezw. Staatsanwalts über Einleitung bezw. Fortgang des Verfahrens entscheidet. Diese Tatsache, daß § 153 St. P. O. eine Verfahrensentscheidung trifft, hat deshalb nichts Auffälliges an sich, weil sich diese Vorschrift ja in der Prozeßordnung findet, also in dem Gesetze, daß das Verfahren betrifft und auch die übrigen Verfahrensentscheidungen (Einstellung wegen Antragsmangels, Geisteskrankheit usw.) enthält. Bedeutsam ist vielmehr, daß dieser § 153 St. P. O., der Verfahrensentscheidung ist, zugleich materielles Recht enthält. Ist nämlich eine, das Verfahren regelnde Vorschrift zugleich materiellen Rechts, d. h. bietet sie selbst die Grundlage für eine, den Streitstoff betreffende Entscheidung, so wird eben durch ihre Anwendung zugleich über die Sache selbst entschieden. Selbst wenn also auch ihre Anwendung nur der Entscheidung über das Verfahren wegen erfolgt, so liegt doch in der Anwendung, die zugleich die Anwendung des in dieser Vorschrift enthaltenden Rechts bedeutet, stets eine Sachentscheidung, insofern dann durch Anwendung dieser

[1]) Vgl. hierzu besonders § 76 des Entwurfs von 1927.
[2]) Amtl. Entwurf eines allg. dtsch. St. G. B. 1925 Begründung S. 178. (§ 383 des Entwurfs von 1927).

Vorschrift — hier des § 153 St. P. O. — bezüglich des in Rede stehenden Falles gesagt wird, daß er den in dieser Vorschrift genannten Anforderungen entspräche und deshalb sich die aus dieser Vorschrift ergebenden materiellen Konsequenzen gezogen wurden. Während also alle bisher erwähnten Verfahrensentscheidungen allein das Verfahren betreffen, die materiellrechtliche Seite des Falles aber unangetastet und unentschieden lassen, liegt bei § 153 St. P. O. zum ersten Mal der Fall vor, daß eine Verfahrensentscheidung zugleich Sachentscheidung ist. Nagler [1] ist zwar anderer Ansicht, führt aber für seine Stellungnahme Gründe nicht an. Seine Auffassung dürfte jedoch durch das Gesagte widerlegt sein.

§ 153 St. P. O. ist also auch insofern neuartig, als er, wie oben dargelegt, sowohl Verfahrens- wie Sachentscheidung ist. Wenn es auch im bisherigen Strafrecht Vorschriften gegeben hat, die nicht nur das Verfahren allein betrafen, sondern durch deren Anwendung zugleich incidenter über das materielle Rechtsverhältnis entschieden wurde — es sei nur an die Nichteröffnung des Hauptverfahrens aus tatsächlichen Gründen erinnert — so war doch die Anwendung dieser Vorschriften von der Mitanwendung einer anderen materiellrechtlichen Vorschrift abhängig. Es konnte z. B. nur dann von der Eröffnung des Hauptverfahrens abgesehen werden, wenn ein in Rede stehendes materielles Gesetz, etwa der Tatbestand der Körperverletzung nicht vorlag oder zwar vorlag, aber nach §§ 50ff. St. G. B. nicht strafbar war. Bei der Anwendung des § 153 St. P. O. erfolgt dagegen die Einstellung des Verfahrens auch aus materiallrechtlichem Grunde und dennoch allein auf Grund des § 153 St. P. O.

Wenn demnach durch die Anwendung des § 153 St.P.O. unbillige und entbehrliche Bestrafungen verhindert werden, so erfolgt dies auf gesetzlicher Grundlage. Es mag zweifelhaft sein, ob in einer nicht generalisierenden Strafrechtsepoche eine Grundlage dieser Art entbehrt werden kann, bei der bislang herrschenden generalisierenden Auffassung kann der gewünschte Erfolg nur durch Anwendung eines Gesetzes d. h. einer alle gleich behandelnden Regelung dieser Art erreicht werden. Wenn Finger [2] bezweifelt, daß die Aufgabe entbehrlichen und unbilligen Bestrafungen vorzubeugen, in das Gebiet des materiellen Rechts gehöre da es „nicht Sache des materiellen Rechts, wie überhaupt nicht des Gesetzes, sei, das kaleidoskopartig wechselnde Leben, das trotz regster Phantasie nie ganz zu überblicken sei, zu regeln“, so hat er zwar mit diesen Ausführungen darauf hingewiesen, daß jede gesetzliche

[1] S. 426.
[2] S. 266/67.

Normisierung lebensfeindlich ist, er hat aber in keiner Weise dargetan, warum gerade das formelle Recht den mannigfaltigen Erscheinungen des Lebens eher Rechnung tragen könne als das materielle. Wenn er etwa der Meinung ist, daß der erwünschte Erfolg eher durch die Anwendung der Gnade als durch die einheitliche gesetzliche Vorschrift erreicht werden könne, so übersieht er, daß in einem **Rechtsstaat**, sofern die Rechtsprechung den Wechselfällen des Lebens nach Möglichkeit angepaßt werden soll, dies nicht durch nach Belieben des Richters oder Staatsanwalts erfolgende Einwirkung, sondern nur entsprechend der auf gesetzlicher Grundlage d. h. auf materiallrechtlicher Grundlage stattfindenden Freiheit erfolgen kann. [1] Gerade das ist ja das Verdienst des § 153 St. P. O., daß er einerseits den besonderen Umständen des Einzelfalles weitgehend Rechnung trägt, andererseits dadurch, daß er Gesetz also bindend ist, eine Willkür des Richtenden d. h. eine Rechtsprechung nach völligem Belieben ausschließt.

Es mag hier dahingestellt bleiben, inwieweit eine Erweiterung des in § 153 St. P. O. zum erstenmal in die Tat umgesetzten Gedankens, den Richter auf Grund eigenen Ermessens den Einzelfall auf gesetzlicher Grundlage beurteilen zu lassen, in Zukunft auch auf solche Fälle wird stattfinden können, die nicht nur Vergehen oder Übertretungen sind, und in denen die Schuld nicht gering, die Tatfolgen nicht unbedeutend sind und die Öffentlichkeit nicht uninteressiert ist.

Da die Einstellung aus § 153 St. P. O. eine Sachentscheidung ist, kann sie nur beschlossen oder verfügt werden, wenn dem Entscheidenden die Sachlage hinreichend geklärt erscheint. Das Wesen der Sachentscheidung ist gerade, daß sie nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen ergeht, gleichgültig ob die Sache bereits entscheidungsreif ist oder nicht, sondern daß sie, da sie einen Richtspruch über einen Sachverhalt darstellt, erst dann gefällt wird, wenn dem Richtenden die Sachlage für eine Entscheidung hinreichend geklärt erscheint. Ist dies nicht der Fall, so ist der zum Richten Berufene garnicht in der Lage, den Streit entscheiden zu können. Es muß erst alles zur restlosen Klärung Erforderliche getan werden und erst, wenn dies geschehen ist, darf über die Sache entschieden werden. Dieser für alle Sachentscheidungen selbstverständliche Grundsatz muß natürlich auch bei § 153 St. P. O. Anwendung finden.

[1] vgl. hierzu Punkt 4 des Referats von Gleispach und Feisenberger auf dem 29. dtsch. Juristentag.

Es ist nicht angängig, daß das Verfahren eingestellt wird, solange die Rechtslage nicht klar ist. Aber gerade hier wird in der Praxis häufig entgegengehandelt. In den weitaus meisten Fällen stellt der Staatsanwalt bezw Richter das Verfahren ein, ohne daß einwandfrei festgestellt ist, ob überhaupt ein Gesetz verletzt ist, oder ob, wenn dies der Fall ist, dem Täter nicht gesetzliche Schuld- oder Unrechtsausschließungsgründe zur Seite stehen. In allen diesen Fällen, in denen der Fortgang des Verfahrens schließlich Freisprechung des Beschuldigten ergeben hätte — sei es, weil er garnicht der Täter ist, sei es weil es an objektiven oder subjektiven Tatbeständen fehlt — geschieht die Einstellung aus der Erwägung heraus, daß **selbst, wenn** eine Bestrafung nach dem Gesetz in Frage käme, doch eine Einstellung aus § 153 St. P. O. erfolgen würde, da die Voraussetzungen dieser Bestimmung gegeben seien. Deshalb wird das Verfahren, das zu einer völligen Klärung des Sachverhaltes noch garnicht geführt hat, durch Einstellung beendet. Nun hat zwar die Methode dieser sogenannteu „Selbst-Wenn“ Einstellung zweifellos den praktischen Wert, daß in Fällen, in denen eine Verurteilung in keinem Fall zu erwarten steht, das Verfahren sobald als möglich beendet wird. Denn dies geschieht — da die Freisprechung ja erst nach völliger Klärung der Sachlage und nach Abhaltung einer Hauptverhandlung erfolgen könnte — am besten auf dem Wege des § 153 St. P. O. Man argumentiert bei dieser sogen. „Selbst-Wenn“ Einstellung noch damit, daß ja dem Beschuldigten durch diese Einstellung ein Schaden nicht erwachse, da er ebensowenig verurteilt werde wie durch eine Freisprechung.

Indessen entspricht das System der „Selbst-Wenn“-Einstellung, wenn es auch den Vorteil der Abkürzung des Verfahrens mit sich bringt, in keiner Weise den Anforderungen, die an ein geregeltes Verfahren zu stellen sind. Für die Handhabung der Rechtspflege sind nun einmal nicht Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern Gerechtigkeitsgründe maßgebend. Zu der Zeit der Entstehung des § 153 St. P. O. bezw. § 23 V. O., wo infolge der Inflation eine Abkürzung des Verfahrens zum Zwecke der Kostenersparnis notwendig war, mag es angebracht gewesen sein, die Frage, wie Kosten erspart werden könnten, über die Frage der gerechten Rechtsfindung zu stellen. In normalen Zeiten aber kommt es nur auf die gerechte Beurteilung des Sachverhalts an und es muß bei Betrachtung jeder Vorschrift gefragt werden, wie sie in ihrer Handhabung diesem Ziel am besten dient. Von dieser Voraussetzung betrachtet, muß man zur entschiedenen Ablehnung der „Selbst-Wenn“-Einstellung kommen. Entweder hat sich der Beschuldigte gegen das Gesetz nicht vergangen. Dann muß er, sofern bereits die Hauptverhandlung begonnen hat, freigesprochen

werden; soweit es zur Hauptverhandlung noch nicht gekommen ist, muß das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt werden. Hat der Beschuldigte ein Gesetz verletzt, es liegen aber nach Ansicht des Richters die Voraussetzungen des § 153 St. P. O. vor, so ist das Verfahren aus diesem Grunde einzustellen. Ist aber das Verfahren noch nicht soweit, daß bereits eine Entscheidung darüber getroffen werden kann, ob ein Gesetz verletzt und ob der Täter schuldig ist, so hat eben die Fällung jeder Sachentscheidung, also auch der des § 153 St. P. O. zu unterbleiben.[1]) Dies ist eine reine Forderung des für die Rechtsprechung geltenden Grundsatzes der Gerechtigkeit.

Daß mit der Sachentscheidung des § 153 St. P. O. gewartet wird, bis die Sachlage soweit klar ist, muß schon deshalb gefordert werden, weil sonst eine unbillige Beeinträchtigung der Rechte des Beschuldigten Platz griffe. Denn tatsächlich ist dieser in vielen Fällen bei einer „Selbst-Wenn" Einstellung doch schlechter gestellt als bei einer anstelle der „Selbst-Wenn" Einstellung erfolgten Fortsetzung des Verfahrens. Wenn auch praktisch gleichgültig ist, ob das Verfahren aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen oder ob es nach § 153 St. P. O. eingestellt wird, so besteht doch zum mindesten theoretisch der erhebliche Unterschied, daß in einem Falle dem Betreffenden bescheinigt wird, daß ihm eine Gesetzesverletzung nicht zur Last fällt, während im anderen Falle festgestellt wird daß zwar eine Gesetzesverletzung vorliegt, aber aus bestimmten Gründen nicht bestraft wird. Dieser Unterschied spielt insbesondere, wenn das Verfahren sonst bis zur Hauptverhandlung und zum Freispruch in dieser gelangt wäre, in der Oeffentlichkeit eine erhebliche Rolle. Für die Allgemeinheit existieren nur die Begriffe Freisprechung und Verurteilung. Ist ein Beschuldigter nicht freigesprochen worden, so ist er eben nach Auffassung der Allgemeinheit vom Gericht für schuldig befunden worden. Der Beschuldigte also, der statt der sonst eingetretenen Freisprechung am Ende des Verfahrens eine „Selbst-Wenn" Einstellung erfahren hat, gilt in der Oeffentlichkeit als bemakelt, wenn auf sein Tun gerade durch die Einstellung des § 153 St. P. O. nicht für straffähig erklärt worden ist. Schon deshalb, weil die Oeffentlichkeit — wenn auch irrigerweise — eine Einstellung aus § 153 St. P. O. als Bemakelung empfindet, braucht sich ein Beschuldigter diese, wenn sie nur aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgt, nicht gefallen zu lassen. Daß diese „Selbst-Wenn" Einstellung fernerhin nicht mehr geübt wird, muß aber insbesondere deshalb verlangt werden, weil sie elementarsten Rechtsgrundsätzen, wie oben gezeigt, widerspricht.

Es ist deshalb auch gegen den Sinn des § 153 St. P. O., wenn in einer gemeinsamen Verfügung des Justizministers und des

[1]) vgl. hierzu Löwe § 153 Anm. 6.

Ministers des Innern vom 29. 5. 1924 [1]) von vornherein in allen **möglicherweise** unter § 153 St.P.O. fallenden Fällen die Unterlassung von erschöpfenden polizeilichen Ermittlungen angeordnet wird. An dieser, dem Grundsatz der Rechtsprechung als Ausspruch der Gerechtigkeit absolut widerlaufenden Tendenz der gemeinsamen Verfügung wird auch dadurch nichts geändert, daß im weiteren gesagt wird, „jeder Fall sei allerdings so weit zu klären, als es zur Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 153 St.P.O. vorlägen, erforderlich sei.“ Gerade diese Einschränkung verrät die Absicht, die „Selbst-Wenn“ Einstellung zu fördern. Diese Einschränkung beruht nämlich auf der Auffassung, daß eine Einstellung aus § 153 St. P. O. erfolgen könne, ohne daß die Sachlage völlig geklärt sei. Nur so erklärt es sich daß dort in das Ermessen der die Ermittlungen anstellenden Polizeibeamten bereits die Entscheidung über die Frage gelegt wird, wann die Voraussetzungen des § 153 St. P. O. vorlägen, während nach dem Gesetz gerade diese Entscheidung erst der Staatsanwalt, bezw. der Richter, die immerhin mit der gesamten Sachlage ziemlich vertraut sind, treffen sollten.

Die Anwendung des § 153 St. P. O. [2]) ist, da es sich um eine Sachentscheidung handelt, in allen Instanzen zulässig, in denen eine Sachentscheidung ergehen kann, also zunächst zweifellos in der ersten und der Berufungsinstanz. Fraglich erscheint es dagegen, ob eine Einstellung aus § 153 St. P. O. auch noch in der Revisionsinstanz erfolgen kann. Maßgebend für die Beantwortung dieser Frage ist die Tatsache, daß das grundlegende Prinzip betreffend die Kompetenz des Revisionsgerichtes ist, daß in dieser Instanz nur eine Nachprüfung (revisio!) der Entscheidungen der Vorinstanz stattzufinden hat, eine Entscheidung darüber hinaus insbesondere eine von Grund auf neue Sachentscheidung jedoch in dieser Instanz nicht mehr gefällt werden darf. Aufgabe des Revisionsgerichtes ist also — abgesehen von den Ausnahmefällen des § 354 St. P. O. — ausschließlich die Nachprüfung des Urteils des Vorderrichters und auch diese nur insoweit, als es sich nicht um eine Nachprüfung tatsächlicher Feststellungen handelt (§ 337 Abs. 2

---

[1]) J. M. Bl. 1924. S. 258.

[2]) Es handelt sich hier nur um die Anwendung des § 153 Abs. 3 St. P. O. Die Einstellungsverfügung in Abs. 1 und 2 des § 153 kann, da sie vor Erhebung der öffentlichen Klage ergeht, doch nur in erster Instanz getroffen werden.

St.P.O.).[1] Da also grundsätzlich eine Sachentscheidung in der Revisionsinstanz garnicht mehr ergehen kann, ist auch für die Anwendung des § 153 St.P.O., der ja wie oben dargelegt, eine Sachentscheidung enthält, kein Platz.

Es ist deshalb durchaus zutreffend, wenn die Mehrzahl der Schriftsteller[2] die Anwendbarkeit des § 153 St. P.O. in der Revisionsinstanz prinzipiell verneint. Es ist nicht einzusehen, warum Loening[3] bei der Beantwortung der Frage, ob noch in der Revisionsinstanz gemäß § 153 St. P. O. eingestellt werden könne, verschiedene Fälle unterscheidet. Gewiß sind gerade durch die Tatsache, daß zur Einstellung durch das Gericht stets die Zustimmung der Staatsanwaltschaft nötig ist (vgl. § 153 Abs. 3 St. P. O.), die verschiedensten Möglichkeiten für die Gestaltung der Sachlage gegeben. Wenn man sich insbesondere vor Augen führt, daß ebenso wie das Revisionsgericht bezüglich der Anwendbarkeit des § 153 St. P. O. im gegebenen Falle anderer Ansicht sein kann als die Vorinstanz, auch die Ansichten der Staatsanwälte der verschiedenen Instanzen in dieser Frage differieren können, so kommt man wohl dazu, eine ganz beträchtliche Fülle von Möglichkeiten zu sehen, wie sich das Verfahren bezüglich der Anwendung des § 153 St. P. O. gestalten kann. Aber es bleibt praktisch ganz gleichgültig, ob der Vorderrichter die Frage des § 153 St. P. O. erörtert hat oder nicht, ob die Anwendung nur mangels Zustimmung der Staatsanwaltschaft unterblieben ist, oder die Staatsanwaltschaft der Vorinstanz zwar zugestimmt hat, der Richter aber hinsichtlich der Anwendung des § 153 St. P. O. anderer Ansicht gewesen ist u. s. f. In allen Fällen kommt das Revisionsgericht — sofern nicht gerade ein Fall des § 354 Abs. 1 St. P. O. in Frage steht — gar nicht dazu, die Sachentscheidung des § 153 St. P. O. zu treffen. Es hat allein die rechtliche Nachprüfung des Sachverhalts vorzunehmen und die Sachentscheidung des § 153 St. P. O. dem Gerichte zu überlassen, an das die Sache gemäß § 354 Abs. 2 St. P. O. verwiesen wird.

Erweist aber gar die Nachprüfung des Vorurteils, daß es rechtlichen Bedenken nicht unterliegt, so wird die Revision ohnehin verworfen. Da es also in diesen Fällen zu einer Entscheidung über die Nachprüfung hinaus garnicht kommt, wird hier die Frage, ob das Revisionsgericht seinerseits nach § 153 St. P. O. einstellen kann, garnicht akut.

Wenn, wie ausgeführt, die Einstellung des § 153 St. P. O. in der Revisionsinstanz grundsätzlich nicht angängig ist, so hat dies

[1]) Vgl. dazu auch R G. 59 S. 54 ff.
[2]) Kiesow § 153 Anm. 8, Löwe § 153 Anm. 7, Bumke § 23 Anm. 19, Schäfer-Hartung § 153 Anm. 9.
[3]) S. 341/42.

allein seinen Grund darin, daß das Revisionsgericht zum Erlaß einer Sachentscheidung, also auch der des § 153 St.P.O. prinzipiell nicht befugt ist. Es liegt also nicht etwa daran, daß sich die Bestimmung des § 153 St.P.O. in dem Buche der St.P.O. befindet, das den Titel „Verfahren in erster Instanz“ trägt. Mit Recht führt das Oberlandesgericht Kiel [1]) aus, daß § 153 St. P. O. nur deshalb in diesem Buche und an dieser Stelle Platz gefunden habe, weil es sich bei dieser Vorschrift vor allem um die Frage der Erhebung oder Nichterhebung der öffentlichen Klage handele und gerade diese Frage im wesentlichen in der dem § 153 St.P.O. vorstehenden Vorschrift — in § 152 St.P.O. — geregelt sei.

Von der Regel, daß eine Einstellung aus § 153 St.P.O. in der Revisionsinstanz nicht mehr erfolgen könne, gibt es allerdings eine Ausnahme. Soweit nämlich Fälle des § 354 Abs. 1 St.P.O. in Frage kommen, soweit also die Revisionsinstanz nach stattgehabter Nachprüfung noch in der Sache selbst entscheiden darf, ist auch eine Einstellung aus § 153 St. P. O. zulässig. Das folgt aus dem Charakter des § 153 St. P. O. als einer Sachentscheidung. Zudem spricht auch § 354 Abs. 1 St. P. O. ausdrücklich von der „Einstellung“ des Verfahrens.

Allerdings kann das Revisionsgericht nicht in allen Fällen, in denen es gemäß § 354 Abs. 1 St. P. O. in der Sache selbst entscheiden darf, auch gemäß § 153 St. P. O. das Verfahren einstellen. Vielmehr greift hier wieder die beschränkende Vorschrift des § 337 Abs. 2 St. P. O. ein Dort ist gesagt, daß eine Nachprüfung vorinstanzlicher Entscheidung bezüglich tatsächlicher Feststellungen nicht erfolgen kann. [2]) Das Revisionsgericht ist also **immer** an die tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters gebunden. Mithin besteht seine Tätigkeit bei Anwendung des § 354 St. P. O. allein darin, daß es auf einen vom Vorderrichter festgestellten tatsächlichen Sachverhalt das passende Strafgesetz anwendet.

Nun ist zwar richtig, daß, wie das Kammergericht [3]) anführt, der Grundsatz, die Revisionsinstanz habe nur die Nachprüfung von Entscheidungen im rechtlichen, nicht im tatsächlichen Sinne vorzunehmen, bereits vom Reichsgericht [4]) mehrfach durchbrochen worden ist. In den bezeichneten Fällen hat das Reichsgericht als Revisionsgericht von der Amnestieverordnung vom 3. und 7. 12. 1918 Gebrauch gemacht, ohne daß die Frage der Amnestierung in den Vorderinstanzen eine Rolle gespielt hatte. Indessen sind diese Fälle kein Beweis dafür, daß auch die Einstellung des § 153 St.P.O. noch in der Revisionsinstanz möglich sei. Abgesehen davon, daß

[1]) Z. St. W. 46 3. Heft S. 174.
[2]) Vgl. Kohlrausch Vorbem. 1 zu § 333 St. P. O.
[3]) J. W. 1924 S. 1626.
[4]) R. G. 55 S. 231.

die Einstellung aus § 153 St. P. O. im Gegensatz zu jeder Amnestierung kein Gnadenakt — wie das Kammergericht [1]) annimmt — sondern ein Rechtsakt ist, unterscheidet sich die Einstellung auch in anderen Punkten ganz wesentlich von der Amnestierung durch das Gericht. Bei der Amnestierung auf Grund einer Amnestieverordnung handelt es sich um die Entscheidung der Rechtsfrage, ob die Fortsetzung des Verfahrens noch zulässig oder durch den Erlaß der Amnestieverordnung bereits unzulässig geworden sei. Die Niederschlagung des Verfahrens in solchen Fällen bedeutet lediglich die Feststellung der Tatsache, daß dem Weitergang des Verfahrens ein Hindernis entgegenstünde, [2]) ebenso etwa wie bei Eintritt der Verjährung. Die Einstellung aus § 153 St. P. O. dagegen schafft erst ein Verfahrenshindernis, und ist eine Art Rechtssprchuug dazu.

Außerdem beweist aber die Durchbrechung der Regel — daß die Nachprüfung des Revisionsgerichts sich auf tatsächliche Feststellungen des Vorderrichters nicht erstrecken dürfe — noch nicht, daß auch in anderen Fällen prinzipiell die Vornahme tatsächlicher Feststellungen durch das Revisionsgericht zulässig ist.

Nun ist aber die Feststellung, das die Voraussetzungen des § 153 St. P. O. gegeben sind, eine solche rein tatsachlicher Art. [3]) Wenn festgestellt wird, daß die Schuld des Täters gering ist, daß seine Tat nur unbedeutende Folgen gezeigt hat und die Öffentlichkeit an seiner Bestrafung kein Interesse nimmt, so werden damit nicht etwa Rechtsbegriffe auf einen Tatbestand angewandt, sondern es wird Tatsächliches (Geschehnisse, Empfindungen usw.) festgestellt. Dies festzustellen ist aber Sache des Richters erster oder zweiter Instanz, nicht des Richters der Revisionsinstanz.

Aus diesem Grunde ist es auch unzutreffend, wenn das Bayrische oberste Landesgericht [4]) die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 153 St. P. O. in der Revisionsinstanz damit begründet, daß das Revisionsgericht Entscheidungen des Vorderrichters in Ermessensfragen nicht nachprüfen dürfe. Damit ist offenbar gemeint, daß das Revisionsgericht die vorrichterliche Entscheidung darüber, „ob die Schuld gering sei, die Folgen der Tat unbedeutend seien und die Oeffentlichkeit kein Interesse habe“ nicht nachprüfen könne, weil jede Entscheidung einer dieser Fragen auf Grund des subjektiven nichtnachprüfbaren Ermessens des Richters ergangen sei. Dabei übersieht das Oberste Landesgericht, daß es ganz unerheblich

---

[1]) Wie S. 33 zu [3]), auch O. L. G. Jena in Sächs. Thür. Arch. 1 S. 109.
[2]) Vgl. hierzu R. G. 54 S. 18, 55 S. 231, 59 S. 54ff. u. a. Entscheidungen.
[3]) a. A. Mannheim, (vgl. seine „Beiträge z. Lehre v. d. Revision wegen materiellrechtl. Verstöße usw.“)
[4]) Bay. O. L. G. 24 S. 10.

ist, ob diese Fragen Ermessensfragen sind oder nicht. Denn da sie jedenfalls Fragen sind, deren Beantwortung bereits eine tatsächliche Feststellung bedeutet, kann der Revisionsrichter schon deshalb nicht die Entscheidung des Vorderrichters in den genannten Fragen nachprüfen, weil er zur Vornahme tatsächlicher Feststellungen, wie oben dargelegt, nicht befugt ist. Es bleibt sich also gleich, ob die gemäß § 337 Abs. 2 St. P. O. ohnehin unzulässige Nachprüfung eine Entscheidung in Ermessensfragen betrifft oder nicht.

Das Revisionsgericht ist somit überhaupt nur dann zur Einstellung aus § 153 St. P. O. berufen, wenn sämtliche in § 153 St. P O. genannten tatsächlichen Voraussetzungen nach der Feststellung des Vorderrichters vorliegen. Es scheiden also alle Fälle aus, in denen das Revisionsgericht, das nach § 354 Abs. 1 St.P.O. zu entscheiden hat, sich nicht auf tatsächliche Feststellungen des Vorderrichters in Richtung auf § 153 St. P. O. stützen kann, weil der Vorderrichter diese Frage nicht berührt hat. Es scheiden ferner die Fälle aus, in denen der Vorderrichter die Voraussetzungen des § 153 St. P. O. bejaht, der Staatsanwalt seine Zustimmung zur Einstellung aber verweigert hat. Denn da die Zustimmungs**erklärung** des Staatsanwalts ein **tatsächliches Geschehnis** ist, das vorhanden sein muß, wenn die Sache in die Revisionsinstanz gelangt, so sind, sofern die Zustimmung in der Vorinstanz nicht erteilt wurde, eben nicht alle tatsächlichen Feststellungen bezüglich § 153 St. P. O. getroffen. Selbstverständlich scheiden hier auch die Fälle aus, in denen der Vorderrichter die tatsächliche Feststellung, daß § 153 St. P. O. vorliege, zwar gemacht, auch die Zustimmung der Staatsanwaltschaft erhalten, aber daraufhin auch eingestellt hat. Denn in diesen Fällen ist ja bereits eine Einstellung nach § 153 St. P. O. von der Vorinstanz ausgesprochen worden und das Verfahren ist, da es mit der Einstellung sein Ende gefunden hat, (vgl. § 153 Abs. 3 St. P. O.) garnicht in die Revisionsinstanz gekommen.

Es bleiben also für die Anwendung des § 153 St. P. O. in der Revisionsinstanz nur die Fälle übrig, in denen dem nach § 153 Abs. 1 St. P. O. entscheidenden Revisionsgericht die tatsächliche, d. h. bejahende Feststellung des Vorderrichters zu § 153 St.P.O. vorliegt. Da zu den tatsächlichen Feststellungen hinsichtlich des § 153 St. P. O. auch die Zustimmung des Staatsanwalts der gleichen Instanz gehört, andererseits wenn diese vorliegt, gewöhnlich schon in dieser Instanz, d. h. in der ersten oder zweiten, eingestellt wird, bleiben für die praktische Anwendung des § 153 St.P.O. in der Revisionsinstanz schließlich nur zwei Fälle: Entweder hat der Vorderrichter von einer Einstellung gemäß § 153 St.P.O. trotz der Annahme, daß dessen Voraussetzungen vorhanden waren und trotz erteilter Zustimmung der Staatsanwaltschaft abge-

sehen, weil er irrtümlich die Anwendbarkeit des § 153 St. P. O. **überhaupt** verneinte. Oder — und dieser Fall wird der häufigere sein — der Vorderrichter hat, obwohl er alle Feststellungen getroffen hatte, trotz erteilter Zustimmung der Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht eingestellt, weil er im **gegebenen Falle** die Anwendbarkeit des § 153 St. P. O. verneinte. Der letztere Fall wird insbesondere dann eine Rolle spielen, wenn der Vorderrichter die Tat irrtümlich für ein Verbrechen hielt, etwa weil er dem Delinquenten, der in Wirklichkeit kein Beamter war, irrtümlich Beamtenqualität zusprach und deshalb trotz festgestellten Vorliegens aller in § 153 St. P. O. sonst genannten Voraussetzungen die Einstellung des Verfahrens ablehnte. In einem solchen Falle etwa stellt nun das Revisionsgericht, das nach § 153 Abs. 1 St. P. O. selbst Recht sprechen darf und hier auf einen festgestellten Sachverhalt das entsprechende Gesetz den § 153 St. P. O. anwendet, das Verfahren ein. Es bedarf dabei nicht etwa der Zustimmung der Staatsanwaltschaft der Revisionsinstanz. Denn die Zustimmung der Staatsanwaltschaft gemäß § 153 St. P. O. ist, wie bereits ausgeführt, lediglich eine tatsächliche Handlung. Sie gehört also mit zu den vom Vorderrichter zu treffenden Feststellungen. Für diese kommt aber nur die Zustimmung der Staatsanwaltschaft der Vorinstanz in Frage. Außerdem aber hat das Revisionsgericht, auch wenn es gemäß § 354 Abs. 1 St. P. O. selbst entscheidet, letztlich doch keine von Grund auf neue Entscheidung zu treffen. Es hat vielmehr durch sein Urteil das auszusprechen, was richtigerweise bereits in der Vorinstanz ausgesprochen worden wäre. In der Vorinstanz wäre nun richtig verfahren worden, wenn bereits dort die Staatsanwaltschaft zugestimmt hätte. Es kommt also allein auf deren Zustimmung, nicht auf die der Staatsanwaltschaft der Revisionsinstanz an.

Das Ergebnis unserer Betrachtungen ist demnach: Soweit das Revisionsgericht nur zur Nachprüfung von Entscheidungen, nicht aber darüber hinaus zur Entscheidung selbst befugt ist, kann es auch nicht die Entscheidung aus § 153 St. P. O treffen. Soweit das Revisionsgericht im Rahmen des § 354 Abs. 1 St. P. O. selbst urteilt, kann es gemäß § 337 Abs. 2 St. P. O. nur entscheiden, wenn alle erforderlichen tatsächlichen Feststellungen vom Vorderrichter getroffen worden sind. Da auch die Bejahung der Frage, ob im gegebenen Falle die Voraussetzungen des § 153 St. P. O. vorliegen, und die Erteilung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft (§ 153 Abs. 3 St. P. O.) tatsächliche Feststellungen sind, bleibt eine Anwendung des § 153 St. P. O. in der Revisionsinstanz in den Fällen des § 354 Abs. 1 St. P. O. nur dann möglich, wenn trotz erfolgter Bejahung der Anwendung des § 153 St. P. O. durch den Vorderricher und trotz in der Vorinstanz erteilter Zustimmung der

Staatsanwaltschaft doch in dieser Instanz die Einstellung unterblieben ist.

Aus der Tatsache, daß die Entscheidung aus § 153 St. P. O. eine Sachentscheidung ist, ergeben sich aber auch hinsichtlich der Wirkung dieser Einstellungsentscheidung weitgehende Konsequenzen. Zu diesen gehört vor allem die Bedeutung der materiellen Rechtskraft der Entscheidung.

Daß die Einstellungsentscheidung formelle Rechtskraft besitzt, d. h. daß sie, wenn sie einmal ergangen ist, unanfechtbar ist, ergibt schon der Wortlaut des Gesetzes (§ 153 Abs. 3 St. P. O.). Indessen liegt aber auch hier ein Fall der materiellen Rechtskraft vor. Jede Sachentscheidung verbraucht ja die Strafklage des Staates. Der Grundsatz des ne bis in idem gilt in allen Fällen, in denen über die materielle Rechtslage in der Weise sachlich entschieden worden ist, daß die Entscheidung eine totale Beurteilung des Falles nach allen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten darstellt. [1]) Mithin greift er überall dort Platz, wo die Entscheidung die kriminelle Strafbarkeit der fraglichen Tat zum Gegenstande hat.[2]) Der Tendenz, die sich in diesem Grundsatz ausdrückt, — daß nämlich wegen eines Delikts, das bereits Gegenstand eines Verfahrens gewesen und abgeurteilt ist, nicht nochmals oder zu wiederholten Malen ein Verfahren anhängig gemacht werden soll — ist also in allen Fällen entsprochen, in denen die ganze Rechtslage nach allen Seiten hin gewürdigt worden ist. Daß dies im Einzelfalle geschehen ist, ergibt sich daraus, daß eine Sachentscheidung ergangen ist. In den meisten Fällen wird dies ein Urteil sein. Aber auch andere Rechtsakte können eine totale Beurteilung des Sachverhaltes bedeuten. Ist dies der Fall, so kommt auch ihnen die Wirkung der materiellen Rechtskraft zu. Zu derartigen Sachentscheidungen, die nicht Urteile sind, gehört z. B. wie Boerner [3]) zutreffend ausführt, der Beschluß des § 204 St. P. O., der auf der totalen Beurteilung des Sachverhaltes beruht und das Fehlen eines Tatbestandsmerkmales feststellt. Er unterscheidet sich ja auch nicht prinzipiell von dem unbestrittenen Rechtskraft genießenden Urteil, sondern nur graduell, insofern nämlich, als dem Einstellungsbeschluß nur das bis zum Zeitpunkt seines Erlasses vorhandene Material zur Beurteilung unterliegt, während das Urteil außer diesem Material auch noch das in der Hauptverhandlung hinzugekommene berücksichtigt. [4]) Seine Rechtskraftwirkung ist zwar im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben (§ 211 St. P. O.,) sie folgt aber auch schon gedanklich aus seiner

---

[1]) Boerner S. 28 vgl. auch R. G. 15 S. 240.
[2]) Löwe Vorbem. 29a zum II. Buche.
[3]) S. 28.
[4]) wie zu [1]).

Natur als einer totalen Beurteilung des bis dahin geklärten Sachverhalts.

Zu den Beschlüssen, die materielle Rechtskraftwirkung genießen, gehört auch der Beschluß aus § 153 Abs. 3 St. P. O. Auch er wird erlassen, nachdem der Richter den in Rede stehenden Fall nach allen Seiten hin betrachtet hat. (Soweit dies in der Praxis nicht geschieht, soweit also mit der oben erwähnten „Selbst-Wenn“-Entscheidung operiert wird, spielt das für unsere Betrachtung deshalb keine Rolle, weil es sich in diesen Fällen um Gesetzesverletzungen handelt.) Der Beschluß aus § 153 Abs. 3 St. P. O. genießt also als **Sachentscheidung** außer der Wirkung formeller Rechtskraft auch die materieller. [1])

Ein Verfahren, in dem es zur Einstellung gemäß § 153 Abs. 3 St. P. O. gekommen ist, darf also nicht mehr neu aufgenommen werden. Der dort beurteilte Sachvehalt kann nicht Gegenstand eines neuerlichen Verfahrens sein.

Allerdings findet die materielle Rechtskraftwirkung des Beschlusses aus § 153 St. P. O. ihre Grenzen wie jede rechtskräftige Entscheidung darin, daß unter gewissen Voraussetzungen eine Wiederaufnahme des Verfahrens stattfinden kann. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden: Geschieht die Einstellung in der Hauptverhandlung, so ist die spätere Wiederaufnahme nur möglich, wenn eins der in §§ 359 ff. St. P. O. genannten Erfordernisse vorliegt. Denn dann ist die Einstellungsentscheidung — darauf allein kommt es an — auf Grund der Feststellung des gesamten, in der Hauptverhandlung gesichteten Materials erfolgt. Sie ist also, rein materiell betrachtet, ein solcher Urteilsspruch, wie dies die §§ 359, 362 St. P. O. fordern. Der Einstellungsbeschluß dagegen, der vor Beginn der Hauptverhandlung ergeht, ist deswegen kein Urteil im Sinne von den §§ 359, 362 St. P. O., weil er nur einen Teil des gesamten Sachmaterials — nämlich das etwa in der späteren Hauptverhandlung hervorgetretene nicht — berücksichtigt. Deshalb finden für ihn die §§ 359 ff. St. P. O. keine Anwendung, er wird vielmehr ebenso zu behandeln sein wie der Beschluß betreffs Nichteröffnung des Hauptverfahrens. Wenn auch der Beschluß aus § 153 St. P. O. „kein Beschluß auf Nichteröffnung des Verfahrens ist“, [2]) so entspricht er doch fast völlig einem solchen, zumindestens in dem maßgebenden Gesichtspunkt, daß beide eine Sachentscheidung treffen. Es wird daher hier ebenso wie in § 211 St. P. O. zu verfahren sein. Danach kann ein gemäß § 153 Abs. 3 St. P. O. eingestelltes Verfahren nur dann wieder aufgenommen werden, wenn

---

[1]) ebenso Kiesow § 153, 8 VI, Schäfer-Hartung § 153 Anm. 9, Hartung S. 200, Bumke § 23 Anm. 20, Loening S. 343/45.

[2]) Loening S. 343/45.

sich neue Tatsachen oder Beweismittel ergeben haben. Die **Form** einer solchen Wiederaufnahme richtet sich nach den für die echte Wiederaufnahme geltenden Vorschriften.

Die Annahme Schäfer-Hartungs [1], nur das echte Wiederaufnahmeverfahren (aus den Gründen der §§ 359, 364 St. P. O.) sei zulässig, da sich dies aus dem Umkehrschluß aus § 32 Abs. 4 J. G. G. ergebe, ist irrig. Dagegen spricht, daß bei Schaffung des § 23 der Verordnung Abkürzung des Verfahrens auf jede nur mögliche Weise, so auch durch scharfe Beschränkung der Wiederaufnahmemöglichkeit erreicht werden sollte. Dieser Grund ist heute fortgefallen; da in § 153 St. P. O. selbst über die Frage der Wiederaufnahmemöglichkeit des Verfahrens nichts gesagt ist, ist dem Sinn des § 153 St. P. O. entsprechend, d. h. in der oben angeführten Weise die aufgeworfene Frage zu entscheiden. [2] Wenn Nagler [3] der Einstellungsentscheidung aus § 153 Abs. 3 St. P. O. die Wirkung der materiellen Rechtskraft abspricht, so liegt das daran, daß er auch die hierfür notwendige Voraussetzung, nämlich, daß der Beschluß aus § 153 St. P. O. Sachentscheidungscharakter hat, bestreitet. Da diese Annahme jedoch, wie dargelegt [4], irrig ist, entfallen auch Nagler's diesbezügliche Konsequenzen.

Freilich gilt der Grundsatz des ne bis in idem nur für die Einstellung nach § 153 Abs. 3 St. P. O., nicht für die in Abs. 1 und 2 erwähnten Einstellungsverfügungen. Zwar wird auch in diesen Fällen erst dann von der Fortführung des Verfahrens Abstand genommen bezw. sollte erst Abstand genommen werden, wenn eine totale Beurteilung der Sachlage — soweit eine solche aus den Akten allein möglich ist — erfolgen kann. Aber es handelt sich bei den Verfügungen in Abs. 1 und 2 des § 153 St. P. O., nicht wie bei dem Einstellungsentscheid des § 153 Abs 3 St. P. O. um richterliche Entscheidung, sondern um eine Maßnahme der Staatsanwaltschaft, also eine Verwaltungsmaßnahme. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, daß in Abs. 2 des § 153 die richterliche Zustimmung zur Einstellung seitens der Staatsanwaltschaft gefordert wird. Diese Zustimmung ist keine Entscheidung des Richters, sondern nur die Erklärung des Gerichts, daß dortseits Bedenken gegen die Einstellung durch Staatsanwaltschaft nicht bestehen. [5] Die Entscheidung aber, ob die Voraussetzungen des § 153 Abs. 2 St. P. O. vorliegen, trifft allein die Staatsanwaltschaft. Eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft ist aber keine Rechtsfindung wie die richterliche Entscheidung. Es fehlt ihr das

[1] § 153 Anm. 9.
[2] a. M. Feisenberger § 153 Anm. 11 ohne Angabe von Gründen.
[3] S. 426.
[4] S. 27.
[5] Vgl. Schimmelburg S. 298.

Erfordernis, daß der Richtende, was seine Entscheidung anlangt, völlig unabhängig ist. Es kommt hinzu, daß gerade bei der Staatsanwaltschaft Entscheidungen oft ergehen, bevor die tatsächliche Sachlage völlig geklärt ist. Ergeben sich dann später neue, den Täter belastende Momente, so muß auch über diese geurteilt werden und ein etwa eingestelltes Verfahren kurzerhand wieder aufgenommen werden.

Aus den genannten Gründen kommt auch der Einstellungsverfügung des Staatsanwalts, die z. B. deshalb erfolgt, weil der angebliche „Dieb" festgestelltermaßen mit Zustimmung des „Bestohlenen" diesem den fraglichen Gegenstand weggenommen hat, keine materielle Rechtskraftwirkung zu, obwohl dieser Entscheidung wirklich eine völlig geklärte Sachlage zugrunde liegt. Vielmehr kann jederzeit ein Verfahren gegen den gleichen Beschuldigten wegen des gleichen Vorfalls in Lauf gesetzt werden.

Ebenso verhält es sich mit den Einstellungsverfügungen aus Abs. 1 und 2 des § 153 St. P. O. Da auch diese Maßnahmen der Staatsanwaltschaft sind, genießen sie keine materielle Rechtskraft. Ein durch derartige Verfügungen beendetes Verfahren kann jederzeit wieder aufgenommen werden und die etwa in Privatklagesachen im Offizialverfahren erfolgte Einstellung hindert den Privatklageberechtigten nicht, seinerseits ein Privatklageverfahren in Gang zu setzen. Denn ebenso wie die Ablehnung des Staatsanwalts, ein unter § 374 St. P. O. fallendes Verfahren mangels öffentlichen Interesses offizialiter zu verfolgen, das Recht des Privatklageberechtigten unberührt läßt, hindert auch die von der Staatsanwaltschaft verfügte Einstellung gemäß § 153 St. P. O. nicht die Erhebung der Privatklage. Dies liegt jedoch nicht, wie das O. L. G. Naumburg[1]) annimmt, daran, daß es sich bei der Einstellung des § 153 St. P. O. nur um einen Verzicht des Staates auf Durchführung seines Strafanspruchs handelt, die Einstellung also lediglich das Fehlen öffentlichen Interesses bekundet. Das kann schon deshalb nicht richtig sein, weil ja die Einstellung aus § 153 St. P. O. nicht nur zur Voraussetzung hat, daß ein öffentliches Interesse nicht besteht, sondern auch, daß Schuld und Tatfolgen gering sind. (Vgl. § 153 St.P.O.)

Freilich kann die Staatsanwaltschaft das einmal gemäß § 153 St. P. O. eingestellte Verfahren nur dann wieder aufnehmen, wenn sie sich aus Rechtsgründen dazu verpflichtet fühlt. Es ist ein durchaus bekämpfenswerter Standpunkt, den Francke [2]) vertritt, wenn er sagt, die Staatsanwaltschaft sei in der Lage, die Wiederaufnahme eines gemäß § 153 St. P. O. eingestellten Verfahrens allein von der Führung und Bewährung des Beschuldigten abhängig

[1]) in Höchstr. Rechtspr. i. Strafs. Heft 5,6 1925 S. 262.
[2]) § 32 Anm.

zu machen und sie könne bereits bei der Einstellung den Beschuldigten auf die Folgen einer etwaigen schlechten Führung hinweisen. Nach Franke's Ansicht brauchte sich also der Staatsanwalt bei seinen Maßnahmen nicht von Gesetz und Rechtsgefühl, sondern ausschließlich von dem persönlichen Eindruck bezüglich des Delinquenten leiten zu lassen. Diese Ansicht bedeutet noch nicht einmal die Verfechtung der individualistischen Betrachtungsweise im Strafrecht, was nur zu begrüßen wäre. Denn Letztere beruht, wenn sie auch Berücksichtigung des Einzelfalles verlangt, schließlich doch auch den Begriff des Rechts und Unrechts. Hier aber käme es auf ein unkontrollierbares subjektives Gnadenrecht der Staatsanwaltschaft an, je nachdem sie nämlich ein ihr gemeldetes Verhalten als schlechte oder als gute Führung ansieht. Davon kann keine Rede sein. Liegen die Tatbestandsmomente einer Gesetzesverletzung vor, oder besteht wenigstens ein dahingehender Verdacht, so hat die Staatsanwaltschaft einzuschreiten. Stellt es sich nachher heraus, daß ein Fall des § 153 St. P. O. gegeben ist, so ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, (Abs. 1) bezw. berechtigt (Abs. 2), das Verfahren einzustellen. Wie sich der Beschuldigte nach der Einstellung führt, bleibt für die Rechtsfindung — eine solche geschieht ja durch die Einstellung, wie oben dargelegt — völlig gleichgültig. Darüber zu urteilen ist Sache einer späteren Rechtsfindung, der gegenüber die schlechte Führung ein Geschehnis der Vergangenheit ist. Die Einstellung nach § 153 St. P. O. ist ja auch nicht mit der Bewilligung einer Bewährungsfrist verbunden. Nur in einem solchen Falle würde die Nichtachtung den Widerruf der Entscheidung — wenigstens zum Teil — ermöglichen. Es kommt hinzu, daß die Möglichkeit, die Neuaufnahme eines eingestellten Verfahrens von der guten Führung des Beschuldigten abhängig zu machen, bei der subjektiven Auffassung darüber, ob die Führung eines Menschen gut oder schlecht ist, zu einer Willkür der Staatsanwaltschaft in der Ausführung ihrer Maßnahmen führen würde.

Die Einstellungsentscheidung des § 153 St. P. O. müßte — das folgt aus ihrem Charakter als Sachentscheidung — appelabel sein. Einer der wichtigsten Grundsätze im geltenden Strafrechtsystem ist, daß jede Rechtssprechung prinzipiell nachprüfbar sein soll. Da nämlich, so lange der Grundsatz des ne bis in idem gilt, jeder Beschwerte ausschließlich in dem anhängigen Verfahren seine Rechte bezüglich des dort behandelten Objekts oder Vorfalles geltend machen kann, da ferner jeder Richtende trotz allergrößter Sorgfalt bei der Rechtsprechung irren kann — sei es, weil Beweise garnicht oder falsch gewürdigt, sei es, weil Rechtssätze unzutreffend ausgelegt wurden — hat man für alle vor ordentlichen Gerichten anhängigen Verfahren die Nachprüfung der richterlichen Entscheidung durch den Richter einer höheren Instanz vorgesehen. Hierbei ist

zwischen Verfahrens- und Sachentscheidungen der Unterschied gemacht, daß Erstere grundsätzlich im Wege des Rechtsbehelfs, Letztere im Wege des Rechtsmittels anfechtbar sein sollen. In Fällen, in denen die Appelabilität einer richterlichen Entscheidung ausgeschlossen sein sollte, wurde dies ausdrücklich im Gesetz gesagt. [1]) In allen anderen Fällen aber sollte gemäß § 304 Abs. 1 St.P.O. gegen Beschlüsse des Gerichts stets die Beschwerde zulässig sein. Gegen ergangene Sachentscheidungen der ersten Instanz dagegen sind prinzipiell die Rechtsmittel (Berufung, Revision) anwendbar. Wenn in gewissen ausdrücklichen Fällen ein erstinstanzliches Urteil nicht mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann (§§ 120, 134 G. V. G.) so hat das darin seinen Grund, daß hier das Gericht, das sonst die Revisionsinstanz darstellt, bereits in erster Instanz tätig wird, so daß aus rein personellen Gründen — nicht etwa, weil man hier aus materiellen Gründen auf eine Nachprüfung verzichten zu können glaubte — eine solche nicht stattfinden kann Abgesehen von diesen Fällen aber ist gegen jede erstinstanzliche gerichtliche Entscheidung die Anrufung einer höheren Instanz gegeben.

Wie steht es nun mit der Anfechtbarkeit der Einstellungsentscheidung des § 153 St. P.O.?

Ich unterscheide bei Beantwortung dieser Frage drei Fälle:

A. Die Einstellung geschieht durch Verfügung der Staatsanwaltschaft vor Erhebung der öffentlichen Frage (Abs. 1 und 2).

B. Die Einstellung geschieht durch das Gericht gemäß Abs. 3 **vor** Beginn der Hauptverhandlung.

C. Die Einstellung geschieht durch das Gericht **in** der Hauptverhandlung.

Gemeinsam ist allen drei Fällen, daß sie eine Sachentscheidung, nämlich die Anwendung des § 153 St. P. O. auf einen Sachverhalt darstellt. Es wird jedoch im folgenden zu zeigen sein, daß dennoch nicht alle drei Einstellungsentscheidungen ohne weiteres appelabel sind.

A. Die Einstellungsverfügung gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 ist zweifellos unanfechtbar. Sie ist ein reiner Verwaltungsakt der Staatsanwalschaft. Daß hieran durch das Erfordernis der Zustimmung des Gerichts in Abs. 2 nichts geändert wird, ist bereits oben gesagt. Eine von der Staatsanwaltschaft getroffene Maßnahme kann jedoch prinzipiell vom Richter nicht nachgeprüft werden.

Nun wird hier allerdings gefragt werden müssen, ob nicht eine entsprechende Anwendung des § 172 St. P. O. am Platze ist.

[1]) §§ 304 Abs. 3, 182 Abs. 2, 210 Abs. 1 St. P. O. usw.

Der Erörterung dieser Frage steht nicht etwa entgegen, daß in § 172 St. P. O. nur vom „Antragsteller“ und vom „Verletzten“ gesprochen wird. „Antragsteller“ im Sinne des § 172 St. P. O. ist nicht nur der zur Stellung eines Strafantrags Berechtigte, sondern jeder Anzeigende, [1] und verletzt ist nicht, wie Löwe [2] annimmt, nur jeder unmittelbar Betroffene, sondern im weitesten Sinne jeder, gegen dessen Rechtssphäre die Straftat irgendwie gerichtet ist. [3]

Kann also der Anzeigende, wenn gemäß Abs. 1 und 2 des § 172 St. P. O. eingestellt worden ist, die richterliche Nachprüfüng dieser Verfügung gemäß §§ 172 ff St. P. O. bewirken? Die Antwort muß, soweit es sich um Uebertretungen handelt, anders ausfallen, als sie hinsichtlich einer Einstellung bei Vergehen lautet. Das ergibt sich aus folgender Erwägung: Die gerichtliche Entscheidung aus § 172 St. P. O. dient dem Gedanken, die Durchführung des Legalitätsprinzips sicher zu stellen. [4] Nur in diesen Fällen ist die Nachprüfung der diesbezüglichen Entscheidung der Staatsanwaltschaft möglich. Ist dagegen der Staatsanwaltschaft die Anklageerhebung nicht zwingend vorgeschrieben, sondern ihrem Ermessen überlassen, so hat das Gericht nicht das Recht, das Ermessen der Staatsanwaltschaft zu überprüfen und zu kontrollieren.

Bei der Anklageerhebung wegen Uebertretungen gilt das Legalitätsprinzip. Die Strafverfolgung ist nicht dem freien Ermessen der Staatsanwaltschaft überlassen, sondern es sind in § 153 Abs. 1 St. P. O. genaue Vorschriften darüber gegeben, in welchen Fällen das Verfahren in Gang gesetzt werden **muß**. Die Tatsache, daß in § 153 Abs. 1 St. P. O. mit nicht genau bestimmten Begriffen — wie oben ausgeführt — operiert wird („geringe Schuld“, „unbedeutende Folgen“, „öffentliches Interesse“), bedeutet lediglich, daß die Frage, ob diese Voraussetzungen vorliegen, nach dem Ermessen der Staatsanwaltschaft entschieden wird. Ist aber einmal die Staatsanwaltschaft der Ueberzeugung, daß diese Voraussetzungen gegeben sind, so hat sie nicht etwa das Recht, Anklage zu erheben, sondern sie ist dazu gezwungen. [5] Hier gilt also das reine Legalitätsprinzip, das ja nichts anderes besagt, als daß vom Gesetz für strafbar erklärte Taten — auch § 153 St. P. O. ist ja ein Gesetz — verfolgt werden müssen. In den Fällen des § 153 Abs. 1 St. P. O. ist also die richterliche Nachprüfung auf Grund des § 172 St. P. O. zulässig. [6]

---

1) Kohlrausch § 171 Anm. 1.
2) § 153 Anm. 1.
3) R. G. 23, 361.
4) vgl. Schimmelburg S. 296.
5) Vgl. Schimmelburg S. 296/97.
6) Ebenso Schimmelburg S. 296, Schäfer-Hartung § 172 Anm. 1 a. M. O. L. G. Köln in J. St. W. 46 1. Heft S. 21.

Bei den gemäß § 153 Abs 2 St. P. O. erfolgten Einstellungen dagegen kommt eine richterliche Nachprüfung gemäß § 172 St.P.O. nicht in Frage. Zwar folgt dies nicht aus der von Weimann [1]) gegebenen Begründung. „§ 172 St.P.O. betreffe nur die einseitige Behandelung des Verfahrens durch die Anklagebehörde, bei einer Einstellung aus § 153 Abs. 2 St.P.O. liege aber keine Maßnahme der Staatsanwaltschaft, sondern eine richterliche Entscheidung vor". Denn diese Auffassung trifft, wie bereits ausgeführt, nicht zu. Aber die Unanwendbarkeit des § 172 St. P. O. für die Fälle des § 153 Abs. 2 St. P. O. folgt ja bereits aus der unbestrittenen Tatsache, daß in diesen Fällen nicht das Legalitätsprinzip, sondern das Opportunitätsprinzip gilt.

B. Unzweifelhaft ist ein Einstellungsbeschluß, den das Gericht nach Erhebung der öffentlichen Klage, aber vor Beginn einer Hauptverhandlung erlassen hat, nicht anfechtbar. Hier hat das Gesetz ausdrücklich eine Unanfechtbarkeit vorgesehen (§ 153 Abs. 3 St. P. O.) Die Anwendung eines Rechtsbehelfes ist daher ausgeschlossen. [2])

Freilich erscheint es recht bedenklich, daß weder der Verletzte noch der Beschuldigte gegen den einmal ergangenen Einstellungsbeschluß etwas unternehmen kann. Man muß sich dabei vergegenwärtigen, daß gerade einem Beschuldigten, der vollständige Austragung des gegen ihn gerichteten Verfahrens wünscht, die gemäß § 153 St.P.O. erfolgte Einstellung — insbesondere noch, wenn sie eine sogen. „Selbst-Wenn" Entscheidung ist — sehr ungelegen kommen kann. [3]) Man führe sich nur den Fall vor Augen, daß ein Beschuldigter, der von seiner Unschuld überzeugt ist, eine Einstellung gemäß § 153 St.P.O. erfährt, die zwar alles bis zum Zeitpunkt ihres Erlasses vorhandene Material durchaus gerecht bewertet, die Tatsache der Unschuld aber deshalb unberücksichtigt läßt, weil sie sich bis dahin noch nicht ergeben hat. Nicht jeder, der in eine Untersuchung hineingezogen wird, wird sich gefallen lassen, daß eine Entscheidung ergeht, die ihn zwar für nur unerheblich schuldig, aber jedenfalls für strafbar erklärt [4]) Daß ein Beschuldigter in solchen Fällen lediglich gegen andere, die ihn beleidigen, vorgehen, sonst aber nichts tun kann, ist eine zweifellos ebenso unbefriedigende Lösung wie hinsichtlich der inappelablen Amnestierung [5])

Aus vorgenannten Erwägungen heraus hat man ja gerade in § 32 J. G. G., der dem § 153 St. P. O. im wesentlichen entspricht,

[1]) In J. W. 1924 S. 1702.
[2]) Vgl. Schäfer-Hartung § 153 Anm. 8, Kiesow § 153 Anm. 9.
[3]) Vgl. Kiesow § 153 Anm. 9.
[4]) Brummer J. R. D. 1924 S. 166 und Kiesow § 153 Anm. 9.
[5]) a. M. Delius für den Fall der Amnestierung S. 618,

die Möglichkeit eines Einstellungsbeschlusses bei Jugendlichen vorgesehen und dem Beschuldigten wie dem Geschädigten das Beschwerderecht eingeräumt. [1]) Auffallenderweise enthält der sonst gleichartige § 153 St.P.O. eine derartige Bestimmung nicht, obwohl er bezw. sein Vorgänger § 23 der Verordnung erst im Dezember 1923, also zu einer Zeit, wo das Jugendgerichtsgesetz bereits längere Zeit in Geltung war, entstanden ist. Die Erklärung, die Unanfechtbarkeit des § 153 St. P. O. Abs. 2 beruhe auf dem bei Schaffung dieser Bestimmung ausschlaggebenden Wunsche, durch möglichste Abkürzung des Verfahrens Kosten zu sparen, vermag nicht zu befriedigen. Der Gesichtspunkt, Geld zu sparen, ist heute nicht mehr so bedeutsam, wie im Dezember 1923. Die trostlosen Wirtschaftsverhältnisse der Inflation mochten es wohl rechtfertigen, daß man Bestimmungen schuf, die allein der Kostenersparnis dienen sollten. Solche Bestimmungen gehören wohl in ein Uebergangsgesetz, wie es die Verordnung vom 4. 1. 1924 war, aber nicht in ein Gesetz, das für normale Wirtschaftsepochen gelten soll, wie die heutige Strafprozeßordnung. In einem derartigen Gesetz hat nicht der Grundsatz der Zweckmäßigkeit, sondern der Rechtlichkeit bei der Schaffung von Gesetzesbestimmungen ausschlaggebend zu sein.

Deshalb ist es verwunderlich, daß auch die Strafprozeßordnung die absolute Inappelabilität des § 23 der Verordnung übernommen hat, daß sie nicht wenigstens im Interesse des Beschuldigten eine Anfechtbarkeit zuläßt, etwa wie sie in dem deutsch-polnischen Abkommen vom 21. Juni 1922 [2]) vorgesehen ist. Dort heißt es: „Ein schwebendes Verfahren, das als Abstimmungsvergehen amnestiert ist, wird fortgeführt, wenn die Person, gegen die es sich richtet, binnen einem Monat nach Zustellung der Entscheidung, das sie außer Verfolgung gesetzt, bezw. das Verfahren gegen sie eingestellt ist, gerichtliche Entscheidung beantragt. Im Falle der Schuldigsprechung bleiben die Bestimmungen über Gewährung von Straffreiheit anwendbar.“ Es ist also dort einem Beschuldigten, wenn das gegen ihn gerichtete Verfahren amnestiert wurde, die Möglichkeit gegeben, die Durchführung des Verfahrens und gegebenenfalls seine Rehabilitierung zu erwirken. Bedauerlicherweise fehlt eine entsprechende Regelung in § 153 St P. O.

Indessen wird der Unanfechtbarkeit des Einstellungsbeschlusses, der vor Beginn der Einstellung erlassen worden ist, Rechnung getragen werden müssen, denn sie beruht auf gesetzlicher Vorschrift, die, solange sie in Geltung ist, beobachtet werden muß.

C. Wesentlich anders aber ist die Sachlage, wenn es sich um eine Einstellungsentscheidung handelt, die in der Hauptverhandlung

---

[1]) Bovensiepen § 32 Anm. 2.
[2]) R. G. Bl. 1922 II S. 715.

selbst ergeht. Mit der Appelabilität einer derartigen Einstellungsentscheidung hat sich offenbar der Gesetzgeber bei Schaffung des § 153 St. P O. nicht beschäftigt. Offenbar war er der Meinung, Bagatellsachen, die unter § 153 St. P. O. fielen, würden längst vor Klageerhebung, jedenfalls aber bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens erledigt werden und niemals bis in die Hauptverhandlung gelangen. Deshalb hat er den Fall, daß in der Hauptverhandlung gemäß § 153 St. P. O. Einstellung erfolgt, garnicht berücksichtigt. Sonst hätte er wohl nicht die Fassung „nach Klageerhebung“ sondern „von Klageerhebung bis zum Ergehen eines Urteils“ gewählt

Mangels besonderer gesetzlicher Regelung muß daher die Frage der Appelabilität einer in der Hauptverhandlung ergangenen Einstellungsentscheidung nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften beurteilt werden.

Eine Entscheidung gemäß § 153 St. P. O., die in der Hauptverhandlung ergeht, kann nur in Form eines Urteils gefällt werden. Das ergibt sich daraus, daß die Enscheidung des § 153 St. P. O. eine Sachentscheidung ist und für die Form solcher in der Hauptverhandlung ergehenden Sachentscheidungen § 260 St. P. O. die des Urteils vorschreibt. Dieser Auffassung — daß die Einstellungsentscheidung in der Hauptverhandlung durch Urteil ausgesprochen werden muß   steht nicht entgegen, daß in § 153 Abs. 3 St. P. O. nur von „Beschluß“ gesprochen wird. Denn in § 153 St. P O. ist ja, wie bereits ausgeführt, der Fall, daß in der Hauptverhandlung gemäß § 153 St. P. O. eingestellt wird, nicht vorgesehen Selbst wenn man aber hierin anderer Ansicht sein sollte, so läßt sich nicht bestreiten, daß § 260 St. P. O. als grundsätzliche Vorschrift dem § 153 Abs. 3 St. P. O. vorzugehen hat, da § 153 St. P O. ja mehr eine allgemeine Richtlinie als ein alle Einzel- und Formfragen regelndes Gesetz sein soll. Geschieht aber die Einstellung aus § 153 St P. O. in der Hauptverhandlung durch Urteil, so unterliegt eben dieses Urteil, genau so wie jedes andere Urteil der Anfechtung durch Rechtsmittel.

Daß damit eine Nachprüfung einer Ermessensentscheidung eingeführt wird, wie eingewendet wird, trifft — der Fall liegt hier gleich wie bei der Entscheidung über die Zubilligung mildernder Umstände, — nicht zu. In der Berufungsinstanz beurteilt ja der Richter den Sachverhalt auf Grund einer neuen Verhandlung und bildet sich ein **eigenes** Urteil. Im Uebereinstimmungsfalle bleibt es bei dem erstrichterlichen Spruch, im Nichtübereinstimmungsfalle geht sein Erkenntnis dem des ersten Richters vor In der Revisionsinstanz — in der allerdings eine eigentliche Nachprüfung geschieht — erstreckt sich diese gemäß § 337 II St. P. O. nur auf die Frage, ob auf einen als dem § 153 St. P. O. entsprechend fest-

[1]) s. S. 62,

gestellten Sachverhalt ein Gesetz, § 153 St. P. O., zu Recht angewandt wurde. Wenn auch die letzteren Fälle praktisch selten sind,[1]) so ändert dies doch nichts daran, daß theoretisch Einstellung gegen ein Einstellungsurteil aus § 153 St. P. O möglich ist.

Lediglich die Unkenntnis darüber, daß das Einstellungsurteil aus § 153 St. P. O. mit Rechtsmitteln anfechtbar ist, hat die Folge gezeitigt, daß man, um die Wirkung der Inappelabilität wenigstens einigermaßen auszugleichen, zu Hilfsmitteln gegriffen hat, deren Anwendung in krassem Widerspruch zu grundsätzlichen Rechtsgedanken steht. Man hat z. B. oftmals nur dann die Einstellung gemäß § 153 St. P. O. ausgesprochen, wenn der Verletzte bezw. Geschädigte sein Einverständnis zu dieser Maßnahme erklärt hatte. Man hat dies aus der begreiflichen Erwägung heraus getan, daß der Hintansetzung der Interessen des Geschädigten, wie sie die Inapppelabilität des Richterspruchs nun einmal bedeutet, auf andere Weise begegnet werden müsse.[2]) Man hat hierbei besonders die Fälle berücksichtigen wollen, in denen der staatliche Interessenkreis von Behörden in Frage stand.[3]) Indessen leidet diese Methode — das übersieht Kronecker [4]) — so sehr sie auch an sich als Versuch der Beendigung von Strafverfahren durch private Verständigung zu begrüßen wäre, an dem Fehler, daß sie der Grundtendenz des Strafrechts widerspricht. Das Strafrecht dient ja nicht dem Rechtsschutz des Einzelnen, dessen Interessen schon hinreichend durch Strafantrags- und Privatklagerecht gewahrt sind, sondern dem Rechtsschutz der Allgemeinheit, und für die Frage des Strafanspruchs des Staates bleibt es prinzipiel völlig gleichgültig, wie sich der Verletzte persönlich zu einer Bestrafung des Täters stellt. Es geht nicht an, daß die Stellungnahme des Verletzten ausschlaggebend sein sollte für eine richterliche Entscheidung, die ja nicht auf subjektiver Einstellung des Einzelnen, sondern auf objektiver Rechtsfindung zu beruhen hat.

Auch die Anknüpfung irgend einer Bedingung an die Einstellung aus § 153 St. P. O. widerspricht dem Grundgedanken des Rechts, daß eine Sachentscheidung ausschließlich auf Grund des Gesetzes gefällt, nicht von dem Verhalten Privater abhängig gemacht werden dürfe. Gleichgültig, ob man die Einstellung von der Zahlung einer Buße seitens des Beschuldigten, von der Schadensdeckung oder der Tragung der Kosten durch ihn abhängig macht, in allen Fällen spricht der Richter nicht — wie es seine Pflicht ist — Recht, indem es das in Frage kommende Gesetz unbedingt anwendet, sondern indem er die praktische Wirkung der Entscheidung von dem Willen des Einzelnen abhängen läßt.

[1]) s. S. 64.
[2]) Schäfer-Hartung § 153 Anm. 8.
[3]) wie zu [1]).
[4]) S. 447.

Ueberdies greift der Strafrichter z. B. dann, wenn er erst für den Fall einstellen will, daß der Beschuldigte den Schaden des Verletzten gedeckt hat, in ein Gebiet ein, das nicht mehr zu seiner Kompetenz gehört. Die Frage der Schadensdeckung ist eine rein zivilrechtliche. Der Strafrichter kann zwar die Tatsache, daß der Schaden bereits ausgeglichen ist, bei der Strafzumessung berücksichtigen, er kann aber nicht, wie es vielfach geübt wird, dadurch, daß er an die Einstellung des § 153 St. P. O. die Bedingung der Schadensdeckung knüpft, seinen Einfluß dahin geltend machen, daß der Beschuldigte den Geschädigten entschädigt.

Auch die Formulierung „das Verfahren wird nach § 153 St. P. O. eingestellt, wenn der Beschuldigte die entstandenen Kosten bezahlt hat“, ist unzulässig. Abgesehen von der Unzulässigkeit, eine Sachentscheidung bedingt zu erlassen, leidet die eben genannte Einstellung an dem Fehler, daß sie einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift widerspricht. [1] Es heißt ausdrücklich im § 467 St. P. O., daß ein Beschuldigter, der freigesprochen ist, zur Tragung der Kosten nicht verurteilt werden kann. Der Begriff „Freisprechung“ in § 467 St. P. O. ist so zu verstehen, daß hier jeder Beschuldigte gemeint ist, dessen Verfahren nicht mit seiner Verurteilung geendet hat. Hierunter fallen also auch die Einstellungen gemäß § 153 St. P. O. Eine Einstellung also, die dem Beschuldigten die Kosten auferlegt, widerspricht dem Gesetz.

Es soll hier nicht geleugne werden, daß alle diejenigen Aushilfsmaßnahmen, die man zur Ausgleichung der Inappelabilität gewählt hat, ja insofern dem Prinzip des Individualismus ensprechen, als eine Entscheidung, die Schadensdeckung, Bußzahlung, Zustimmung des Verletzten u. s. f. berücksichtigt und fördert, naturgemäß vielmehr dem Einzelfall Rechnung trägt, als das starre Prinzip ausschließlich auf Grund des Gesetzes den Straffall zu entscheiden. Aber einmal herrscht bislang immer noch im allgemeinen das generalisierende Prinzip und dann bedeutet auch die Ergreifung der vorgenannten Maßregeln keine individualistische Maßnahme. Individualismus heißt nicht, anstelle von Rechtsprechung Ausgleichsverfahren zu setzen. Der Individualismus will auch die Rechtsprechung als solche beibehalten, er will nur anstelle der bloßen Gesetzesanwendung auch die Würdigung der Bedeutung des Einzelfalles erreichen. Deshalb liegen Maßnahmen wie die obigen, die im Erfolg nur einen schädlichen Subjektismus großziehen, nicht auf seiner Linie.

[1] Das übersieht Schimmack in J. R. D. 1924 S. 183.

Da § 153 St. P. O. eine Sachentscheidung ist, nach dem Gesetz aber auch die Staatsanwaltschaft § 153 St. P. O. anwenden kann, liegt hier — wohl das erstemal im Strafrecht — der Fall vor, daß die Staatsanwaltschaft Rechtsprechung im engeren Sinne ausübt. Zwar hatten sich schon vorher die Befugnisse, die der Staatsanwaltschaft zunächst bei Schaffung der Strafprozeßordnung im Jahre 1879 gegeben waren, erheblich erweitert. Während zunächst die Staatsanwaltschaft ausschließlich zur Erhebung und Führung der öffentlichen Klage bezw zur Treffung der daraufhinzielenden Maßnahmen berufen war, wurde ihr mit Einführung der neuen Strafprozeßordnung schon das Recht zuteil, maßgeblich auf die Besetzung der Gerichte einzuwirken, ein Recht also, daß mit der ursprünglichen Kompetenz der Staatsanwaltschaft, die **Erhebung der Anklage** zu betreiben, garnichts mehr zu tun hat. Da die Zuziehung des zweiten Richters z B § 29 Abs. 2 G. V. G. allein von der diesbezüglichen Antragserhebung durch die Staatsanwaltschaft abhängig ist, andererseits wiederum die Zuständigkeit des Reichsgerichts oder des Oberlandesgerichts in der Revisionsinstanz in Schöffengerichtssachen davon abhängig ist, ob in erster Instanz ein zweiter Richter mitgewirkt hat oder nicht (vgl. §§ 121 Ziff. 1 c, 135 G. V. G.) so liegt es letzten Endes allein in der Hand der Staatsanwaltschaft, ob die Sache in letzter Instanz vor das Reichsgericht oder das Oberlandesgericht kommt. Ähnlich ist die Sachlage hinsichtlich der Zuständigkeit des Einzelrichters bei Vergehen in erster Instanz. Beantragt die Staatsanwaltschaft, daß nicht das Schöffengericht, sondern der Einzelrichter entscheide, so ist dieser nach § 25, Ziff. 2 c G. V. G. zuständig. Dann entscheidet aber in der Berufungsinstanz nicht die große, sondern die kleine Strafkammer (§ 76 G. V. G.) und in der Revisionsinstanz nicht das Reichsgericht, sondern das Oberlandesgericht. (§ 121 G. V. G.) Es hängt also in den genannten Fällen ausschließlich von dem Belieben der Staatsanwaltschaft ab, welche Gerichte in der höheren Instanz zuständig sind oder nicht. Wenn diese Befugnis der Staatsanwaltschaft, die Zuständigkeit der Gerichte zu bestimmen, auch zweifellos über die Tätigkeit einer **Anklage**behörde hinausgeht, insofern also die Kompetenz der Staatsanwaltschaft bereits über die ursprüngliche hinaus erweitert ist, so ist doch dadurch der Unterschied zwischen gerichtlicher und staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit noch nicht beseitigt worden. Die eigentliche Tätigkeit des Richers, die Rechtsfindung zumindestens im engeren Sinne, blieb trotzdem dem Richter vorbehalten. [1])

Auch die Tatsache, daß es zur Tätigkeit der Staatsanwaltschaft immer schon gehörte, ein Verfahren dann einzustellen,

[1]) Vgl. die Ausführungen von Marquardsen in Hahn, Protokolle.

wenn es sich ergab, daß das Gesetz aus objektiven oder subjektiven Gründen nicht verletzt war, ändert hieran nichts. Freilich war auch diese Tätigkeit Rechtsprechung, sofern man unter Rechtsprechung lediglich die Anwendung eines gesetzlichen Tatbestandes auf einen Sachverhalt versteht. Aber diese Art Rechtsprechung ist eine gebundene, denn eigentlich entscheidet ja in diesen Fällen — gleichgültig, ob der Richter oder Staatsanwalt einen gegebenen Gesetzestext auf einen Sachverhalt anwendet — nicht derjenige, der diesen Gesetzestext anzuwenden versucht, sondern das Gesetz selbst und der Richtende ist gewissermaßen lediglich ein Vermittler, entscheidet aber nicht aus eigener Machtvollkommenheit. Dieser Fall liegt nur dann vor, wenn die Entscheidung nicht allein der gesetzlichen Vorschrift, sondern auch dem freien richterlichen Ermessen überlassen ist. Solche Fälle der eigentlichen Rechtsprechung sind die Entscheidung über die Zubilligung mildernder Umstände oder über die Gewährung einer Bewährungsfrist. Wenn in diesen Fällen auch auf gesetzliche Vorschriften Bezug genommen wird, so erfolgt die endgültige Entscheidung doch auf Grund des subjektiven Ermessens des Richtenden. Diese Fälle aber, also die Fälle der eigentlichen Rechtsprechung, blieben bisher trotz aller anderen Konzessionen an die Staatsanwaltschaft dem Richter vorbehalten.

Dieser Grundsatz ist nunmehr erst, nämlich mit der Einführung des § 153 St. P. O. bezw. seines Vorgängers, des § 23 der Verordnung durchbrochen worden Jetzt ist die Staatsanwaltschaft, da auch sie die Sachentscheidung des § 153 St. P. O. treffen kann, selbst Richter und zwar auf Grund ihres Ermessens. Dies gilt nicht nur für den Fall des § 153 Abs. 2 St. P. O. sondern auch für den des Abs. 1. Denn wenn die Staatsanwaltschaft im letzteren Falle auch gehalten ist, das Verfahren fortzusetzen, sofern „die Schuld nicht gering, die Folgen nicht unbedeutend und die Oeffentlichkeit nicht uninteressiert ist“, so ist sie doch gerade in der Entscheidung darüber, ob diese Voraussetzungen vorliegen, völlig frei und entscheidet diese Fragen, die ja für die Frage der späteren Anklageerhebung ausschlaggebend sind, nach ihrem eigenen Ermessen. Daß die in Abs. 2 erwähnte Zustimmung des Gerichts der Staatsanwaltschaft nicht den Charakter des aus freiem Ermessen entscheidenden Richters nimmt, ergibt sich aus dem oben Gesagten, daß nämlich diese Zustimmung keine **Entscheidung** sondern eine **Erklärung** ist, sodaß die Last der Entscheidung und der Verantwortung für diese Entscheidung allein der Staatsanwaltschaft überlassen bleibt.

Welche Bedenken diesem System, wonach die Staatsanwaltschaft in dieser Weise Recht sprechen darf, entgegenstehen, leuchtet ohne weiteres ein. Zwar spricht die Tatsache, daß „der Staats-

anwalt fehlbar ist wie andere," [1]) nicht gegen das System. Denn wenn der Staatsanwalt so fehlbar ist wie andere, besteht kein Anlaß, ihn durch andere zu ersetzen. Man darf dabei nicht vergessen, daß jeder Einzelne subjektiv denkt und handelt und muß eben das Vertrauen haben, daß nach bestem Können und Wollen gearbeitet wird. Bedenklicher ist schon, daß durch die Einführung des § 153 St. P. O. gerade der Behörde die Befugnis zur Rechtsprechung übertragen worden ist, die zugleich die Anklage zu vertreten hat. Es widerspricht dem begrifflichen Unterschied von Kläger und Richter, daß diese beiden Rollen ein und derselben Person zufallen sollen. Deshalb ist ja auch ein Richter dann vom Richteramt ausgeschlossen, wenn er selbst Partei ist (§ 41 Abs. 1 Z. P. O.) Es kann hier nicht eingewandt werden, daß es ja die gesetzliche Aufgabe der Staatsanwaltschaft wäre, nicht nur dem Beschuldigten belastendes, sondern auch entlastendes Material zusammenzutragen. (§ 160 Abs. 2 St. P. O.), also gewissermaßen objektiv zu sein. Die angeführte Vorschrift besagt nur, daß die Staatsanwaltschaft alles zu sammeln hat, sie besagt aber nichts über die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, eine völlig objektive Haltung zu bewahren. Wäre die Staatsanwalt wirklich eine rein objektive Behörde, so spräche ja nichts dagegen, den Richter in einer Sache tätig sein zu lassen, die er selbst früher als Staatsanwalt bearbeitet hat. Es würde sich dies im Gegenteil deshalb noch empfehlen, weil ja der Richter über diese Sache besonders gut orientiert sein dürfte. Dennoch hat § 22 Abs. 4 St. P. O. dies ausdrücklich dem Richter untersagt. Selbst wenn aber die Staatsanwaltschaft nach dem Gesetz eine rein objektive Stellung einzunehmen hat, so ist doch gewiß, daß sie zu mindestens in der Praxis dies nicht tut und nicht tun kann. Dies liegt eben daran, daß nach der Einteilung des ganzen Strafrechtssystems ihre Funktion prinzipiell von denen der eigentlich objektiven Behörde, dem Gericht, getrennt sind. Es widerspricht also ihrer Stellung, daß sie nunmehr und zwar in der gleichen Sache, nicht nur anklagen, sondern auch entscheiden kann.

Schließlich aber ist die Zulassung der Staatsanwaltschaft zu der Berechtigung, die Einstellung gemäß § 153 St P. O. selbst vorzunehmen, eine schwere Gefahr für die Unabhängigkeit der Rechtspflege. Man muß zwar nicht gerade, wie Drucker [2]) schon deshalb besorgt sein, weil das starre Legalitätsprinzip nunmehr in vielem durchbrochen ist. Denn wenn auch dadurch dem Subjektivismus des Einzelnen mehr Spielraum gelassen wird — insofern hat Drucker recht — so muß man schon sehr pessimistisch denken, wenn man auf Grund dieser Machterweiterung des Subjektivismus

[1]) Köhler in Verhandl. des Jur. Tages. V S. 490.
[2]) S. 244.

unbedingt das Anwachsen einer Klassenjustiz voraussieht. [1]) Es kommt hier wiederum nur darauf an, ob man dem einzelnen Staatsanwalt so weit vertraut, daß man ihm Entscheidungen überläßt, weil man an seine Unparteilichkeit glaubt. M. E. muß man aber, wenn man das ganze Rechtssystem überhaupt bejahen will in wesentlichen Punkten dem subjektiven Empfinden des Einzelnen und seiner Unparteilichkeit Vertrauen schenken.

Die große Gefahr der Einführung des § 153 St. P. O. liegt m. E. in einem anderen Punkte. Während bisher der Grundsatz, daß Rechtsprechung Sache der **unabhängigen** Richter sei, strikt eingehalten wurde, wird nunmehr die Rechtsprechung im engeren Sinne auch von der **abhängigen** Staatsanwaltschaft ausgeübt. Das bedeutet, daß die Staatsanwaltschaft, die ja auch hinsichtlich ihrer Einstellungsbefugnis aus § 153 St P. O. den Anordnungen ihrer Vorgesetzten nachkommen muß, gerade diese Rechtsprechung nicht frei und unabhängig ausüben kann [2]) Ordnet z. B. ein Generalstaatsanwalt an, daß sämtliche Mundraubsfälle, wegen deren in seinem Bezirk ein Verfahren eingeleitet sei, für eine bestimmte Zeit nicht gemäß § 153 St. P. O. eingestellt werden dürften, so ist damit tatsächlich jede Einstellung dieser Fälle ausgeschlossen und der subjektiven Einstellung des einzelnen Staatsanwalts jeder Einfluß genommen. Denn vor Klageerhebung darf die Staatsanwaltschaft nunmehr laut Anordnung des Generalstaatsanwalts nicht einstellen, nach Klageerhebung darf sie wiederum laut der erwähnten Verfügung von oben ihre Zustimmung nicht erteilen. Ohne ihre Zustimmung darf aber eine Einstellung nicht erfolgen (Vgl. § 153 Abs. 3 St. P. O.) Infolgedessen bedeutet diese Verfügung des Generalstaatsanwalts eine Bindung aller seiner Untergebenen und damit gerade den Ausschluß der Individualbetrachtung, die der eigentliche Sinn des § 153 St. P. O. ist. Die Bedeutung des § 153 St. P. O. wird also durch die Machtvollkommenheit, die in dieser Bestimmung der Staatsanwaltschaft eingeräumt ist, gerade in ihr Gegenteil verkehrt. Dies ist zweifellos ein unerträglicher Zustand.

[1]) a. a. O.
[2]) Vgl. dazu Lang in J. K. V. 1924 S. 147.

III.

Darüber, daß ihm abgeholfen werden muß, besteht kein Zweifel. In gewissem Umfange hat auch der amtliche Strafgesetzentwurf von 1925 dieser Auffassung Rechnung getragen. Durch seine Annahme in Reichstag und Reichsrat wäre dem Staatsanwalt die Befugnis entzogen, darüber zu entscheiden, ob ein gesetzlich mit Strafe bedrohtes Tun mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit der Tat und der Schuld nicht zu bestrafen sei. Die Entscheidung würde gemäß § 351 bezw. § 383 des Entwurfs allein dem Richter obliegen. Aber die Annahme des Entwurfs würde doch nur eine teilweise Besserung des gerügten Zustandes bringen, da ja eine Anwendung des § 351, wie sie sich aus der gesetzlichen Begründung des Entwurfs ergibt,[1] nur in der Hauptverhandlung selbst geschehen kann. Bis zum Beginn der Hauptverhandlung würde also auch nach Gesetzwerdung des Entwurfs nur eine Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 St. P. O., d. h. unter Mitwirkung der Staatsanwaltschaft erfolgen können. Aber auch hier gilt es den Einfluß der Staatsanwaltschaft auszuschalten. Dies ist in den Fällen nicht möglich, in denen die Staatsanwaltschaft allein tätig zu werden hat, d. h. vor Erhebung der öffentlichen Klage. Eine Lösung kann also allein in der Weise gefunden werden, daß die Entscheidung der strittigen Frage — ob ein nach § 153 St. P. O. nicht strafwürdiges Tun vorliegt — einem späteren Stadium des Verfahrens, der Zeit nach der Erhebung der öffentlichen Klage, vorbehalten wird. Die Staatsanwaltschaft hätte also die Pflicht, alle ihr zur Kenntnis kommenden Gesetzwidrigkeiten anzuklagen und das Prozeßgericht müßte dann, nach Erhebung der öffentlichen Klage, Stellung zu der Frage nehmen, ob eine Einstellung aus § 153 St. P. O. am Platze wäre. Das einzige Bedenken gegen eine derartige Reform ergäbe sich nur aus der Tatsache, daß dann jedes Verfahren bis zur Erhebung der öffentlichen Klage durchgeführt werden müßte und insofern Kosten entstünden, die durch Anwendung des heutigen § 153 Abs. 1 und 2 St. P. O. vermieden würden. Der Absicht der Kostenersparnis muß aber die Absicht, eine gerecht unabhängige Rechtsfindung sicherzustellen, vorgehen.

Es würde also grundsätzlich eine Einstellung gemäß § 153 St. P. O. erst nach Klageerhebung zulässig sein. Sie würde in den meisten Fällen dem Beschluß aus § 204 St. P. O. entsprechen, allerdings mit dem Unterschiede, daß dieser eben das Fehlen einer

---

[1]) Begründung S. 178.

strafbaren Handlung überhaupt bekundet, während die Einstellung gemäß § 153 St. P. O. zwar das Vorhandensein einer strafbaren Handlung feststellt, aber deren Strafwürdigkeit verneint. Auf eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei diesem Gerichtsbeschluß kann um so mehr verzichtet werden, als ja die Zustimmung der Staatsanwaltschaft in § 153 Abs. 3 St. P. O. ohnedies nur den Wert einer Erklärung, nicht den einer Entscheidung hat Warum sollte nicht, wie in allen anderen Fällen (Zubilligung von Bewährungsfrist, von Abzahlung der Geldstrafe in Raten usw.) auch hier das Gericht frei und unabhängig von der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft — die ja in allen Fällen **gehört** werden kann und werden wird — entscheiden?

Neben dieser notwendigen Abänderung wird vor allem die Aufhebung der strikten Inappelabilität des § 153 Abs. 3 St. P. O. notwendig sein. Welche Gründe für eine Aufhebung sprechen, ist oben ausführlich dargelegt. Es wird sich hier empfehlen, eine dem Beschwerderecht in § 32 Abs 2 J. G. G. entsprechende Anfechtbarkeit des Einstellungsbeschlusses — das Einstellungsurteil ist ja wie ausgeführt ohnedies anfechtbar — zuzulassen und zwar sowohl für den Geschädigten wie für den Beschuldigten. Die Einführung einer Appelabilität würde zugleich dem Unwesen der bedingten Einstellung ein Ende bereiten. Denn wenn erst eine Anfechtung des Einstellungsbeschlusses möglich ist, erübrigt sich die Sicherung des Geschädigten durch Anordnung der Schadensdeckung durch den Beschuldigten, es erübrigt sich ferner die Entschädigung des Geschädigten für Verurteilung des Beschuldigten zur Kostentragung, die Einholung der Einwilligung des Geschädigten zur Einstellung usw.

Es wird daher folgende Aenderung des § 153 St. P. O. — unter der Voraussetzung, daß § 351 bezw. § 383 des Entwurfs Gesetz wird — vorgeschlagen:

> „Ein Strafverfahren wegen eines Vergehens oder einer Uebertretung kann eingestellt werden, wenn die Schuld des Täters gering ist, die Folgen seiner Tat unbededeutend sind, es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Fortsetzung des Verfahrens besteht. Die Einstellung erfolgt nach Erhebung der öffentlichen Klage und zwar durch gerichtlichen Beschluß. Vor Erlaß des Beschlusses ist die Staatsanwaltschaft zu hören. Gegen den Beschluß kann seitens des Beschuldigten und des Geschädigten (Verletzten) die sofortige Beschwerde eingelegt werden.
>
> § 211 St. P. O. findet entsprechende Anwendung."

Für den Fall jedoch, daß § 351 bezw. § 383 des Entwurfs nicht Gesetz wird, empfielt sich, entsprechend dem materiellrechtlichen

Charakter des in § 153 St P. O. niedergelegten Gedankens, die Aufnahme einer Bestimmung folgenden Inhalts in das **Strafgesetzbuch:**

„Vergehen und Uebertretungen bleiben straflos, wenn die Schuld des Täters gering und die Folgen der Tat unbedeutend sind, es sei denn, daß ein öffentliches Interesse an der Bestrafung des Täters besteht. Die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Erhebung der öffentlichen Klage bleibt in alleu Fällen unberührt.“

Diese Bestimmung hätte dann den Charakter eines persönlichen Strafausschließungsgrundes insofern nämlich unbeschadet der Eigenschaft der Tat als Gesetzeszuwiderhandlung die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung unterbleibt. [1]) Bei Vorliegen der in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen müßte demnach die Beendigung des Verfahrens vor der Hauptverhandlung auf dem Wege des § 204 St. P. O., nach Beginn der Hauptverhandlung durch freisprechendes Urteil erfolgen.

Das Bedenken, die Einführung einer derartigen Bestimmung würde die Nichtbestrafung der Mehrzahl aller Vergehen und Uebertretungen zur Folge haben, liegt nahe, ist aber unbegründet. Denn einmal kann doch nur in wenigen Fällen sowohl von Geringfügigkeit der Schuld des Täters, als auch der Folgen der Tat gesprochen werden. Dann aber wird auch trotz Vorliegens dieser Voraussetzungen oft ein öffentliches, d. h. allgemeines Interesse an der Bestrafung des Täters gegeben sein, insbesondere dann, wenn die Bestrafung offensichtlich im Interesse des Gemeinwesens am Platze ist. Im übrigen ist die hier vorgeschlagene Fassung noch erheblich enger, als die ursprünglich von Schiffer [2]) vorgeschlagene, nach der Uebertretungen überhaupt nur, soweit öffentliches Interesse vorliege, verfolgt werden sollten. Daß die Einführung des vorgeschlagenen Gesetzes den von Kronecker [3]) mit Recht gerügten an sich im § 153 St. P. O. vorgesehenen Unterschied in der Behandlung von Vertretungen und Vergehen — der in der Praxis sowieso nicht besteht [4]) — beseitigt, ist zwar erfreulich, ist aber bei weitem nicht so bedeutsam wie die eigentliche Wirkung der Einführung der vorgeschlagenen Fassung: Es wäre nämlich dann endlich die allen prozessualen und materiellen Erfordernissen genügende gesetzliche Grundlage der Individualbetrachtung geschaffen.

---

1) Vgl. Franck Vorbem. IV zu § 51.
2) § 29.
3) S. 446.
4) Vgl. dazu Kiesow § 153 Anm. 2.

Lebenslauf.

Der Verfasser wurde am 16. Januar 1906 in Gleiwitz als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Ludwig Herrnstadt und seiner Ehefrau Marie geb. Zickel geboren.

Er besuchte von Ostern 1912 bis Ostern 1915 die städtische Vorschule, von da an das staatliche Gymnasium in Gleiwitz. Dort erhielt er Ostern 1924 das Reifezeugnis. Er studierte darauf an den Universitäten Freiburg i. B., Berlin, Heidelberg und Breslau die Rechtswissenschaft. In Breslau bestand er am 6. Juli 1927 die erste juristische Prüfung und am 10. Dezember 1928 die mündliche Doktorprüfung.

Seit dem 7. August 1927 ist er bei den Justizbehörden in Gleiwitz, z. Zt. beim Landgericht als Referendar, beschäftigt.